

**Carlos
Künsemüller
Loebenfelder**

**CULPABILIDAD
Y PENA**

Prólogo de Alfredo Etcheberry

MN
2

Editorial Jurídica de Chile

CULPABILIDAD Y PENA

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© CARLOS KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Av. Ricardo Lyon 946, Santiago
www.juridicadechile.com
www.editorialjuridica.cl

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 120.473, año 2001
Santiago-Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 1.000 ejemplares en el mes de junio de 2001

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1355-X

CARLOS KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER

*Profesor de Derecho Penal de las Universidades de Chile,
Central y Gabriela Mistral*

CULPABILIDAD Y PENA

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

*El autor testimonia a la abogada doña Karin Künsemüller Muñoz
su profunda gratitud por la abnegada y muy relevante colaboración
prestada a esta obra*

ABREVIATURAS

ADPCP :	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
D.P. :	Doctrina Penal
GJ :	Gaceta Jurídica
NPP :	Nuevo Pensamiento Penal
PJ :	Poder Judicial
RP :	Revista Penal
RCP :	Revista de Ciencias Penales
RCHD :	Revista Chilena de Derecho
RDJ :	Revista de Derecho y Jurisprudencia
RDUCV :	Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso
RDUFT :	Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae
ZStW :	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

PROLOGO

El principio “no hay pena sin culpa” ha sido considerado por la doctrina tradicional, más allá de las discrepancias sistemáticas, como uno de los puntos cardinales que orientan el derecho penal moderno, fundado en el reconocimiento de la dignidad humana y del hombre como un ser libre, aun con todas las limitaciones fácticas que esta libertad pueda experimentar. El progreso del derecho penal y de la ciencia penal se caracteriza por un cambio paulatino que parte de una responsabilidad penal fundada puramente en la atribución objetiva, causal, de un resultado, y a través de una larga y lenta evolución secular va a encontrar su indispensable fundamento en la ley penal expresa: primeramente, con sus exigencias de tipicidad y de antijuridicidad, y luego se plasma en definitiva en la exigencia de que el hecho delictivo sea el resultado de una determinación anímica del sujeto actuante, que, en las particulares circunstancias en que obró, habría podido hacerlo de modo diferente y conforme al derecho.

El notable trabajo del profesor Carlos Künsemüller que el lector tiene en sus manos constituye un examen riguroso del principio en cuestión, tanto en su significado intrínseco, como en el estado en que se encuentra su consagración en los diferentes derechos nacionales en la actualidad, como de la vigorosa polémica que somete hoy a revisión el concepto mismo de culpabilidad y la función que ésta desempeña como fundamento y medida de la pena.

El examen que realiza el profesor Künsemüller va más allá de la dogmática penal: pasa revista al concepto de “libertad” humana tal como aparece afirmado y reconocido en los princi-

pales instrumentos internacionales que definen y proclaman solemnemente los derechos humanos tal como el mundo de hoy los concibe, y se extiende por otra hasta las consecuencias procesales de la más alta importancia como la llamada “presunción de inocencia” o “principio de inocencia” y la aparentemente contradictoria “presunción de voluntariedad” consagrada en el artículo 1º de nuestro Código Penal (pero ciertamente no original del mismo, sino derivado de su ancestro español, hijo del pleno florecimiento liberal).

Comienza el autor por comprobar que los textos constitucionales modernos parecen más bien dar por sobreentendido que no puede haber pena sin culpa (o sin culpabilidad), pero que no lo dicen en forma expresa e inequívoca, sino que han sido los tribunales constitucionales o cortes supremas en el mundo occidental, las que han afirmado el principio como pilar fundamental y a la vez límite del *jus puniendi*, mas deduciendo esto de las afirmaciones sobre la “dignidad humana” o sobre los fines “resocializadores” de la pena, expresiones que sí es frecuente encontrar en las constituciones. Laudable resulta ello, a nuestro juicio, pero no borra el hecho de que la exigencia de culpabilidad como requisito de la pena no encuentra directamente formulación constitucional, como la tiene en cambio, por vía de ejemplo, la irretroactividad de la ley penal.

Da cuenta enseguida Künsemüller de la evolución experimentada por la cuestión de la culpabilidad, particularmente en la doctrina alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial: una etapa inicial en que se afirma vigorosamente su necesidad, como una reacción a las políticas criminales del régimen nacionalsocialista (derecho penal de autor, sanciones impuestas en virtud de la raza, religión o ideas políticas, fundamento eugenésico de la privación de la vida, la integridad corporal o ciertos derechos humanos fundamentales, como el de contraer matrimonio y tener descendencia, etc., y en general, colocar como *ratio essendi* del derecho de castigar el “sano sentimiento popular”), y luego una segunda etapa, vinculada con el llamado “proyecto alternativo” de Código Penal elaborado por un selecto grupo de profesores alemanes, en el cual la culpabilidad ya no aparece como fundamento o justificación de la pena, sino sólo de modo negativo, como un límite a la magnitud de la misma.

El profesor Künsemüller nos muestra con claridad cuál es la razón de esta paradoja: se tiende a rechazar el fundamento de la pena en la culpabilidad, por temer que un sistema de esta naturaleza lleve naturalmente a la concepción de un derecho penal de carácter *retributivo*, esto es, expiatorio, moralizador, en vez de tener una finalidad social, de protección de los valores de este orden, donde la ausencia de culpabilidad solamente impediría aplicar pena, o establecería un parámetro de magnitud. Se aduce (pero los propios autores citados por Künsemüller dejan percibir otra cosa) que el “libre albedrío”, fundamento de la culpabilidad en sentido clásico, es “científicamente inde demostrable” y –según expresión de Roxin latamente explicada por Künsemüller– “dañosa desde el punto de vista político criminal”. Es claramente el repudio del pensamiento expiatorio o “restaurador”, que desemboca en un derecho penal talional, tan categóricamente derivado de la tradición filosófica alemana de Kant y de Hegel, y tan afincado en el pensamiento filosófico-jurídico alemán.

Pero Künsemüller nos advierte con claridad que la limpieza de intención moral y política de quienes se oponen a una ecuación “culpabilidad = pena retributiva”, que se traduce en una defensa cerrada de la culpabilidad como requisito (no ya “fundamento”) y límite de la pena, obliga a justificar esta posición: si la “culpabilidad-fundamento” es científicamente indemostrable y políticamente dañosa, ¿con qué base se podrá postular que ella es un requisito indispensable y un límite infranqueable a la imposición y dimensionamiento de la pena?

Los intentos hechos para responder a esta pregunta, que han demandado un alto esfuerzo intelectual a sus autores, no terminan de convencernos, y compartimos plenamente las certeras críticas de Künsemüller a su respecto. En algunos casos, se trata simplemente de dar otra denominación a lo que tradicionalmente se ha denominado “libertad de elección” o “albedrío”: tal es el caso de la “libertad de comportamiento”, “libertad de autoadministrarse”; “fidelidad a la norma” (cuyos postuladores advierten en forma enfática que tales conceptos nada tienen que ver con el libre albedrío filosófico). En otro caso, se busca justificación a la pena en otras razones, y Künsemüller pone en guardia también contra las peligrosas consecuencias

político-sociales que ellas pueden tener: la “utilidad social”, el “efecto didáctico”; la “necesidad social”, “crear conciencia social de que vale la pena observar la ley y que es mal negocio quebrantarla” (opinión esta última de Dölling, que hace recordar demasiado las incursiones de aficionado de ciertos economistas que atribuyen el fenómeno delictivo a la relación costo-beneficio). La propia sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán que Künsemüller muy certeramente critica, en el sentido de que a través de la pena “se contribuye a la formación de la conciencia de la sociedad” (para justificar el presidio perpetuo), tiene a nuestro entender una ominosa vinculación con el “sano sentimiento popular”, como piedra angular del derecho penal.

En un medio académico como el nuestro, en que los manuales didácticos ocupan preferentemente la escena, debe tributarse una cálida bienvenida a un texto como el de Carlos Künsemüller, que se mueve –lo decimos sin vacilación– en el más alto plano de la ciencia y aun de la filosofía jurídica. Nuestra situación marginal en el mundo intelectual nos obliga, en las obras que elaboramos, a cubrir primeramente un campo expositivo para familiarizar al lector nacional con el estado de la cuestión, tarea que en las naciones de abundante producción jurídica es innecesaria: todos, en mayor o menor grado, están enterados de cuál es la polémica y cuáles son las diferentes posturas. Esa tarea, sin duda, la cumple Künsemüller con prolijidad y exactitud propias de su cultura y su probidad intelectuales. Pero el autor no se detiene en este aspecto (que de por sí sería ya de enorme utilidad), sino que con la profunda seriedad y el claro talento que siempre lo han caracterizado, analiza las opiniones ajenas y sin sentirse inhibido por los argumentos de autoridad, expone su pensamiento certeramente crítico y sólidamente creador.

Se advierte en Carlos Künsemüller su múltiple aproximación al derecho, que enriquece su visión del mismo: es desde hace muchos años destacado profesor en el ámbito nacional y el internacional; es juez, como miembro integrante de la Corte de Apelaciones de San Miguel, por largo tiempo, y desde allí aplica el derecho a los dolores y debilidades humanas; en fin, es también abogado de libre ejercicio de la profesión, y allí

lucha contra la injusticia y por la protección de las garantías individuales y los derechos humanos.

Para quien escribe esto, nada más grato y honroso que prologar una obra de tan alta categoría, debida a la pluma del profesor Künsemüller, con quien nos une tan antigua y afectuosa relación: fue en efecto, mi distinguido alumno, luego mi destacado profesor auxiliar de cátedra y luego mi colega en la enseñanza de nuestra disciplina. Se trata, pues, de un árbol que he visto crecer desde prometedora semilla hasta un fruto de plena y completa madurez como esta obra que debe enorgullecer al mundo académico nacional.

ALFREDO ETCHEBERRY

CAPITULO PRIMERO

“NULLA POENA SINE CULPA”

FUNCION, RECONOCIMIENTO, JERARQUIA, EVOLUCION Y FUTURO DEL PRINCIPIO

1. “No hay delito sin culpabilidad. Las leyes penales deberán proscribir toda forma de responsabilidad objetiva” (Punto Sexto de la Declaración de Principios del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, aprobada en la primera reunión de la Comisión Redactora, Santiago de Chile, 4 al 16 de octubre de 1963).

“El principio de que no hay pena sin culpabilidad, ‘nullum crimen sine culpa’, es un axioma indiscutido en el derecho penal europeo.”¹

“El principio de culpabilidad es un imprescindible instrumento de la justicia.”²

“Para que una persona sea castigada con una pena por un hecho delictivo es necesario que sea culpable. He aquí uno de los principios básicos del Derecho Penal, cuyo mantenimiento ha de ser tarea ineludible para cuantos creemos que su existencia forma parte integrante del orden jurídico que ha de garantizar la justicia, la seguridad y el bien común.”³

¹ JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, décima edición, pág. 429.

² LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. V, pág. 38.

³ ENRIQUE RUIZ VADILLO, “Desviaciones al principio ‘no hay pena sin culpabilidad’ en el Derecho Penal español”, homenaje al padre Julián Pereda, S. J., *Estudios Penales*, Universidad de Deusto, 1965, págs. 17 y ss.

“El principio de culpabilidad cuenta entre los postulados fundamentales de la doctrina jurídico-penal tradicional.”⁴

“El principio de culpabilidad es considerado actualmente por la doctrina penal mayoritaria en Europa, rector y límite de cualquier política criminal.”⁵

“El derecho penal moderno está compenetrado, hasta sus raíces más profundas, del concepto de que no es posible condenar a una pena por el solo hecho de haberse causado un daño o por la destrucción de un bien jurídico –como ocurrió en épocas pretéritas–, si ello no es el resultado de una acción injusta, llevada a cabo *culpablemente*. Este es un postulado de garantía de la libertad humana que ha sido elevado, en numerosos países del mundo civilizado, al rango constitucional. Es llamado por la doctrina *principio de la culpabilidad* y se formula en el apotegma latino *nulla poena sine culpa*, el cual no procede –como a veces se afirma– de Feuerbach, sino que su origen es muy posterior.”⁶

“El principio de culpabilidad importa una limitación de la facultad de castigar del Estado, porque sólo puede sancionar a quienes son ‘culpables’ de un delito y la pena debe ser proporcionada a esa ‘culpabilidad’.”⁷

“En la evolución histórica de la teoría del delito, uno de los principios de mayor trascendencia ha sido, sin duda, el reconocimiento del principio de culpabilidad.”⁸

“Que, [...] no debe olvidarse que un pilar fundamental del Derecho Penal moderno es el ‘principio de culpabilidad’, postulado básico conforme al cual sólo debe ser castigado con una pena criminal el autor de una conducta típica y antijurídica,

⁴ SANTIAGO MIR PUIG, “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, en *El Poder Penal del Estado*, libro-homenaje a Hilde Kaufmann, Depalma, Bs. Aires, 1985, págs. 365 y ss.

⁵ GONZALO QUINTEROS OLIVARES, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1986, págs. 94 y ss.

⁶ LUIS COUSIÑO MAC IVER, *Derecho Penal chileno*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, 1992, págs. 5 y ss.

⁷ MARIO GARRIDO MONTT, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 47.

⁸ JAIME NÁQUIRA RIVEROS, “Constitución Política y fundamento material del principio de culpabilidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, N° 2, 1995, págs. 189-200.

cuando ésta le pueda ser personalmente reprochada; solamente en este caso el sujeto es culpable. Repele, por tanto, al Derecho Punitivo, la existencia de fórmulas de responsabilidad objetiva, desvinculadas de un reproche personal, formulable al autor de una acción típicamente antijurídica."⁹

No son necesarias mayores citas que las precedentes –provenientes de distintas fuentes del pensamiento jurídico penal que se han exteriorizado en diferentes momentos del devenir de nuestra disciplina, cuyo contenido puede considerarse virtualmente perteneciente al patrimonio común de toda la doctrina– para recordar la estatura y gravitación que la opinión dominante le ha asignado al "nullum crimen, nulla poena sine culpa", que de categoría jurídica –característica esencial del delito– que, a su vez, fundamenta y limita la imposición de la pena, ha llegado a ser considerado "como uno de los conformantes del Derecho Penal propio de un Estado de Derecho".¹⁰

En el Capítulo Tercero veremos que las sentencias transcritas –proclamadas como verdaderos dogmas fundamentales del Derecho Penal– no reposan en la actualidad sobre bases tan inmovibles como las que otrora les fueron atribuidas.

2. Nosotros hemos descrito al principio que nos ocupa como un "postulado garantista esencial a un Derecho Penal democrático, en el cual la pena sólo puede ser impuesta al individuo a quien le es reprochable un quehacer personal suyo perpetrado con dolo o culpa".¹¹

Arthur Kaufmann, considerado una de las más autorizadas opiniones en este tema, ha descrito claramente –como representante de una determinada concepción sobre el rol de la culpabilidad– el sentido y función de aquello que el principio asegura, el "contenido" del "continente":

"la culpabilidad es un presupuesto necesario para la legitimidad de la pena estatal."¹²

⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, *Gaceta Jurídica* 111, pág. 75.

¹⁰ GONZALO QUINTEROS OLIVARES, op. cit., pág. 95.

¹¹ CARLOS KÜNSEMÜLLER, "Las Hipótesis Preterintencionales", *Gaceta Jurídica* N° 204, págs. 7 y ss.

¹² *Das Schuldprinzip*, 1961 (2ª edición, 1976), págs. 15 y ss.

“La pena presupone culpabilidad. La culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al autor que no se haya comportado conforme a Derecho, que se haya decidido por lo que es contrario a Derecho, aunque hubiese podido comportarse conforme a Derecho, decidirse a favor del Derecho”, expresa la vastamente conocida –y muy aplaudida por la doctrina culpabilística– sentencia dictada el 18 de marzo de 1952 por el Gran Senado Penal del Tribunal Supremo Federal alemán.¹³

El Tribunal Federal Constitucional del mismo país declaró en 1966: “Con la pena, también con la sanción administrativa, se le imputa y se le reprocha al autor una infracción al Derecho. Tal reproche jurídico-penal, sin embargo, presupone la reprochabilidad, esto es, la culpabilidad jurídico-penal. Si esto no fuese así, la pena sería una mera retribución de un suceso del que el afectado no es responsable y sería incompatible con los principios del Estado de Derecho. Por consiguiente, la punición jurídico-penal o de carácter similar de un hecho sin que haya culpabilidad del autor es contraria al Estado de Derecho y lesiona al afectado en su derecho fundamental emergente del artículo 1.1 de la Ley Fundamental”.¹⁴ Esta norma suprema establece: “La dignidad del hombre es intocable. Estimarla y protegerla es obligación de todo poder estatal”.

Reproducimos a continuación los fundamentos substantivos de otros fallos de esa instancia constitucional germana, tras cuya interpretación “no debe extrañar [...] que la doctrina unánime de los iuspenalistas entienda que en su país rige, en materia penal, el principio nulla poena sine culpa, porque –lo repetimos– es un postulado primordialmente constitucional y no tan sólo un principio jurídico-penal de orden doctrinal”.¹⁵

“De la tarea del proceso penal de llevar a cabo la pretensión punitiva del Estado para la protección de los bienes jurídicos individuales y sociales, en un proceso jurídicamente ordenado y a través de él asegurar al imputado una garantía eficaz de sus derechos fundamentales, puede concluirse ulte-

¹³ BGHSt, 194, NJW, 1952, pág. 593.

¹⁴ BverfGE 20, 323/331.

¹⁵ COUSIÑO, op. cit., pág. 11.

riormente que al proceso penal le está impuesto, por razones constitucionales, el garantizar el principio derivado de la dignidad del ser humano, como persona que es responsable de sí misma, conforme al cual no puede imponerse una pena sin culpabilidad.”¹⁶

“En el moderno derecho penal es evidente que la pena presupone culpabilidad y que debe haberse probado el hecho y la culpabilidad del autor [...]. Pero si el ámbito de la personalidad ética del individuo no es siquiera tocado, queda excluido un atentado de esta regulación legal en contra de la dignidad humana.”¹⁷

“El principio de que cada pena –no únicamente la pena para el injusto penal, sino también la sanción para otros injustos semejantes– presupone culpabilidad, tiene rango jurídico-constitucional. Está fundado en el principio de Estado de Derecho.”¹⁸

Como puede desprenderse del tenor de las sentencias transcritas, en Alemania el principio de culpabilidad posee un indiscutible origen y rango constitucional, extrayéndoselo –como tal principio o norma esencial– del carácter intangible de la dignidad humana dentro del Estado de Derecho. Sin perjuicio de ello, algunos autores lo encuentran –como señalaremos en el acápite sobre legislaciones penales positivas– recogido parcialmente en el parágrafo 46, inciso primero, del Código Penal.¹⁹

El profesor Wolfgang Schöne desarrolló el siguiente comentario, a propósito de las decisiones judiciales aludidas, a petición del profesor don Luis Cousiño Mac Iver: “El nulla poena sine culpa deriva directamente del artículo 1º (de la Constitución Política) en la forma siguiente (y menos expresa): la poena considerada como reproche más grave por parte del Estado y como reacción de contenido socioético no sería coherente con la imagen de una persona en la cual no figura su responsa-

¹⁶ NJW, 1981, pág. 1722.

¹⁷ BVERFG, t. 9, págs. 169 y 171.

¹⁸ NJW, 1967, pág. 196.

¹⁹ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, “El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal” (español), *Doctrina Penal*, año 7, octubre-diciembre 1984, pág. 654.

bilidad personal, es decir, su capacidad de motivarse (en un principio) libremente de acuerdo con los valores y las normas de la sociedad. Con otras palabras: si no se incluye esta capacidad dentro de los presupuestos de la reacción penal, el hombre no sería más un sujeto digno –dentro del Estado de Derecho– sino un mero objeto del poder estatal”.²⁰

Los autores Maurach y Zipf se manifiestan en el mismo sentido anterior, precisando que el principio de culpabilidad tiene rango constitucional y encuentra su raíz en el principio del Estado de Derecho.²¹

“El principio de culpabilidad se considera de rango constitucional (nulla poena sine culpa) –sostiene Hans Heinrich Jescheck– y se reconoce en la ciencia penal alemana sin apenas excepciones.” La función específica –y trascendental– del principio consiste en que “sirve, ante todo, a la necesaria protección del delincuente frente a toda extralimitación del Estado que ejerza una acción represiva”.²²

Refiriéndose a la Constitución española de 1978, Enrique Bacigalupo señala que si bien no se contiene en forma expresa el principio de culpabilidad, podría, sin embargo, derivarse –como lo ha hecho el Tribunal Constitucional alemán– del principio del Estado de Derecho (artículo 1.1 de la Constitución) e inclusive de la protección de la dignidad de la persona humana y del libre desarrollo de la personalidad.²³ En reciente ensayo destaca, como principal consecuencia de la Carta de 1978, la trascendencia de los principios establecidos en ella sobre el Derecho ordinario: al establecer la Constitución un catálogo de derechos fundamentales directamente invocables y al enunciar en su artículo 1º los valores superiores del ordenamiento jurídico, ha establecido un sistema en el cual la autoridad del constituyente está por encima de la autoridad del legislador. El

²⁰ COUSIÑO, op. cit., pág. 10.

²¹ REINHART MAURACH-HEINZ ZIPF, *Derecho Penal, Parte General*, vol. I, Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 110.

²² HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, volumen primero, Bosch Casa Editorial, págs. 30 y 31.

²³ ENRIQUE BACIGALUPPO, “¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. V, Nº 18, págs. 247 y ss.

principio de culpabilidad constituye, en este sentido, un ejemplo paradigmático, ya que antes de 1978 este postulado no tenía una importancia trascendental, su aplicación y su contenido dependía de su reconocimiento por el legislador y la discusión doctrinaria partía de la ambigüedad de los términos legales del Código Penal.

Por el contrario, si la aplicación de los textos legales depende de su compatibilidad con principios superiores –constitucionales– existe una continuidad entre el orden normativo constitucional y el legal, que se expresa en dos direcciones distintas: por un lado, existe un efecto irradiante de los derechos fundamentales y de los valores superiores del orden jurídico que determina un contenido de las normas legales condicionado por tales derechos y valores; por otro lado, la interpretación de los textos legales debe efectuarse de acuerdo con la Constitución, es decir, dando preferencia entre los significados posibles de los mismos a aquellos que resultan compatibles con la Constitución. Cita este autor las sentencias del Tribunal Constitucional que han reconocido el rango constitucional del principio de culpabilidad. En la STC 65/86, el Tribunal vinculó el principio con la exigencia de adecuación entre la medida de la pena y la gravedad de la culpabilidad: “Las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad sólo se podrían plantear cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de la culpabilidad”. En la STC 76/90 se vinculó el principio de culpabilidad con la exigencia de dolo y culpa y la STC 50/91 sostuvo que la Constitución consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal.

Aun cuando el Tribunal Constitucional no ha dicho hasta ahora de dónde deriva este principio “estructural” del Derecho Penal (y algún comentarista se lo reprocha, como advertimos más adelante), en opinión de Bacigalupo es evidente que existen en la Carta tres puntos de apoyo indudables que fundamentan el rango constitucional del principio: la justicia, como “valor superior del orden jurídico” (artículo 1º CE) y “los fundamentos del orden político” (artículo 10 CE) que garantizan la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Siguiendo la línea interpretativa del Tribunal Federal Constitucional alemán

—que ha deducido de esos dos últimos derechos el principio de culpabilidad— extrae las siguientes conclusiones, aplicadas al ordenamiento español: “El valor justicia determina que la pena deba ser proporcionada a la gravedad del hecho y que esta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor. La dignidad de la persona requiere que las personas sean un fin en sí mismas y que no sean utilizadas como medio para obtener otros fines. Y el libre desarrollo de la personalidad presupone que la actuación penal del Estado sea previsible y ajustada a límites que no conviertan la libertad en excepción y que la libertad sea protegida dentro del marco jurídico de la Constitución”. De las sentencias citadas, dictadas por el Tribunal Constitucional, deduce Bacigalupo que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los presupuestos de la pena y, además, en el marco de la individualización de la pena, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad. Por lo tanto, el principio culpabilístico alcanza mucho más lejos que “el modesto” artículo 5º del Código Penal, en el que sólo se hace referencia al dolo y la imprudencia como presupuestos de la pena.²⁴

Este tópico no es pacífico en la doctrina hispana, como lo evidencia la revisión de la bibliografía. M. Cobo del Rosal y T. S. Vives Antón estiman que: “En el derecho positivo español no existe una proclamación del principio de culpabilidad con rango constitucional”. Piensan, no obstante, que se halla implícito en el principio de legalidad, consagrado en el artículo 25 de la Constitución Política.²⁵ Quintero Olivares plantea la necesidad de distinguir entre el principio de culpabilidad (atado al concepto mismo de culpabilidad que se encuentra en estado de crisis permanente, de modo que no puede lograrse concordia en su torno) y las garantías democráticas que entraña el concepto de culpabilidad, su fundamento y funciones. “Cuando se invoca el principio de culpabilidad como criterio rector de la política cri-

²⁴ ENRIQUE BACIGALUPO, “El principio de culpabilidad, carácter del autor y ‘poena naturalis’ en el Derecho Penal actual”, en *Teorías actuales en el Derecho Penal, 75º aniversario del Código Penal argentino*, págs. 131 y ss.

²⁵ MANUEL COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, I-II, 1982, págs. 96 y ss.

minal y de la legislación penal, en realidad lo que se quiere es preservar una serie de garantías que el principio encierra y que son la sedimentación de una progresiva evolución del Derecho Penal.”²⁶ José Cerezo Mir cree que es posible encontrar un fundamento constitucional al principio culpabilístico en el artículo 10 de la Constitución, el cual proclama que la dignidad de la persona humana es el fundamento del orden político y la paz social. El principio de culpabilidad es una exigencia de respeto a la dignidad humana, de manera que la imposición de una pena sin culpabilidad o una pena cuya medida rebasa la medida de la culpabilidad, suponen la utilización del ser humano como un mero instrumento para la obtención de fines sociales; esto implica una grave atentado a su dignidad.²⁷ En la misma línea de interpretación conforme a los preceptos superiores constitucionales, García Pérez²⁸ manifiesta que el principio de culpabilidad tiene jerarquía constitucional por derivarse de la inclusión de la justicia entre los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1), de la garantía de la seguridad jurídica (art. 9.3), del reconocimiento de la dignidad de la persona humana (art. 10.1) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2).

Por su parte, la profesora María Dolores Fernández Rodríguez acota que: “A pesar de los denodados esfuerzos ofrecidos por amplios sectores doctrinales obsesionados con la idea de encontrar una referencia constitucional de todos los principios vigentes en nuestro Derecho Penal, hay que reconocer que –de modo expreso– el principio de culpabilidad no ha sido recogido en la Constitución española ni en las declaraciones de derechos suscritas por España que (de acuerdo con el artículo 10.2 de la propia Constitución) deben ser respetadas en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce el Texto constitucional”. Añade que en España goza de cierta difusión desde hace ya varios años, la idea de que el principio de culpabilidad se deriva de la proclamación del

²⁶ GONZALO QUINTERO OLIVARES, op. cit. 5.

²⁷ CEREZO MIR, “El delito como acción culpable”, *ADPCP*, t. LIX, fasc. 1, 1996, pág. 11.

²⁸ GARCÍA PÉREZ, “Delitos de sospecha. Principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia”, *ADPCP*, 1993, fasc. 2, págs. 642 y ss.

Estado social y democrático de Derecho y de la dignidad de la persona (arts. 1.1 y 10.1 de la Constitución), solución ésta importada en gran medida de la ciencia alemana. Le resta la autora trascendencia práctica a esta interpretación, toda vez que la forma más característica de lesionar el principio culpabilista o sus consecuencias está constituido por las resoluciones judiciales y éstas pueden impugnarse únicamente a través del recurso especial de amparo cuando lesionan derechos y libertades reconocidos –exclusivamente– en los artículos 14 a 29 de la Constitución. No tiene valor alguno –postula– el reconocimiento de un principio que no puede hacerse efectivo en los casos más relevantes de sus posibles violaciones. Al planteamiento –que, a su juicio, tiene mucho de subterfugio– que trata de fijar el rango constitucional de las consecuencias prácticas que derivan del principio de culpabilidad (proscripción del versari, exigibilidad de otra conducta, relevancia del error, proporcionalidad de las penas), vinculándolas con otros principios explícitos, como legalidad, igualdad o proporcionalidad, lo califica de evidencia o muestra de la confusión reinante acerca del precepto o preceptos de la Carta que consagren el principio de culpabilidad, en cuanto límite del ius puniendi. Critica la deliberada ambigüedad que adopta el Tribunal Constitucional en la sentencia 150, de 4 de julio de 1991: “La Constitución española consagra, sin duda, el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho Penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”. La autora no discute que la exigencia de culpabilidad constituye un principio básico del sistema penal español, en el cual no tiene cabida un Derecho Penal de autor, pero estima que en una sentencia emitida por tan alto tribunal debió haberse aludido al precepto concreto de la Constitución que consagra el principio de culpabilidad”.²⁹

En el caso de Italia, cuya Carta Fundamental establece en su artículo 27 que “la responsabilidad penale e personale”, es opi-

²⁹ MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los límites del ius puniendi”, *ADPCP*, t. XLVII, fasc. 3, págs. 87 y ss.

nión dominante la que entiende que el precepto aludido implica, en sentido estricto, el reconocimiento del principio de culpabilidad y no sólo la prohibición de responsabilizar criminalmente por hechos ajenos.³⁰ El Tribunal Constitucional sustituyó, a través de sentencia dictada en 1988, en el artículo 5º del Codice Penale –por inconstitucional– el principio fundamental tradicional “ignorantia iuris criminalis nocet”, por la total impunidad del error de prohibición (inevitable) exculpante.³¹ El beneplácito con que la mejor doctrina italiana recibió este fallo de la Corte Constitucional no puede estar mejor expresado que en el comentario de Fiandaca: “La importante y valiente sentencia que comentamos puede, con toda razón, calificarse de histórica, pues marca un hito especialmente significativo en el largo camino de la completa afirmación del principio de culpabilidad, como criterio cardinal de nuestro sistema penal”.³² Mucha discusión ha existido entre los comentaristas en torno a la orientación de la Corte Constitucional, expresada especialmente en la década de 1980, con la cual el Tribunal ha evaluado la razonabilidad de las sanciones criminales, tomando en especial consideración la proporcionalidad de ellas con respecto a determinados comportamientos criminales. Algunos han visto con ello una inadecuada intervención de la Corte en las atribuciones del Poder Legislativo, pero, en concepto de otras tesis, el Tribunal ha evaluado la adecuación y proporcionalidad de las sanciones penales bajo un estándar de estricta protección igualitaria.³³

3. Refiriéndose al ámbito jurídico latinoamericano, Rodolfo Schurmann Pacheco apunta que en su etapa actual, aparentemente culminante, el principio de culpabilidad goza de reconocimiento en las constituciones y códigos penales de los

³⁰ FRANCESCO PALAZZO, “Estado constitucional de derecho y derecho penal”, *R.P.*, 2, julio 1998, págs. 49 y ss.

³¹ HANS HENRICH JESCHECK, *Beiträge zum Strafrecht, 1989-1998*, Duncker Humblot, Berlín, 1998, pág. 282.

³² FIANDACA, “Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabili della legge penale”, *Foro Italiano*, I, 128, 1988, págs. 1386 y ss.

³³ BALDASSARRE, *Nouvelle Etudes Penales*, 17, 1998, pág. 243.

diversos países, se halla consagrado en la sistemática de los derechos humanos y contenido en diversos instrumentos de Derecho Internacional. Advierte, no obstante, una brecha entre la solemne proclamación del principio y la realidad subyacente, brecha a cuya existencia cooperan los propios regímenes jurídicos, con legislaciones duales o bifrontes, que protegen y al mismo tiempo desconocen el postulado. Lo considera expresamente reconocido “en la sedicente presunción de inocencia”, consagrada en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre como también en el Pacto de Costa Rica.³⁴

En Colombia, el profesor Fernández Carrasquilla opina que el principio de culpabilidad del artículo quinto del Código Penal posee una indudable raigambre constitucional, pues la responsabilidad penal circunscrita a los “actos” o “hechos” controlables por la voluntad, únicos que en verdad se pueden prohibir con sentido racional y adecuación a un régimen republicano, es lo que se denomina responsabilidad subjetiva, contracara de la objetiva que la norma rectora (constitucional) quiere erradicar y núcleo de lo que se mienta como culpabilidad en el Código Penal y se concreta como “dolo”, “culpa” o “preterintención” en este mismo texto y en el de Procedimiento Penal.³⁵ Según el artículo 5° de ese Código, “para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad”. La misma norma declara proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. “En síntesis –concluye, citando las pertinentes referencias a los textos legales– el principio de legalidad reclama el de culpabilidad y éste disfruta de su mismo rango constitucional, además de que en Colombia ambos poseen la calidad de normas rectoras”.³⁶

Ese nexo estrecho con el “nullum crimen nulla poena sine lege”, es también destacado en otro ámbito de nuestra región latinoamericana por Eugenio Raúl Zaffaroni, quien, con referencia a la Constitución argentina, considera que el principio de culpabilidad se fundamenta en el mismo precepto constitucional que enuncia el principio de reserva. Precisa que aunque

³⁴ SCHURMANN, “Nullum crimen sine culpa, dogma y realidad”, *Doctrina Penal*, año 8, N°s 29-32, 1985, págs. 413 y ss.

³⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental*, t. II, 1995, pág. 61.

³⁶ *Idem*, pág. 65.

el "nullum crimen sine culpa" se deriva lógicamente del principio de legalidad, del cual el de reserva es, de algún modo, una variante enunciativa, su formulación teórica es históricamente anterior a la consagración de la garantía de legalidad.³⁷ Otro autor argentino, Gustavo L. Vitale, entiende que con su contenido de exigibilidad por la posibilidad de contramotivación en la ley penal, el principio de culpabilidad se desprende del principio de legalidad penal. Lo considera (al principio culpabilístico) como implícitamente previsto en las normas reguladoras del principio de legalidad penal, por ser una consecuencia lógica y necesaria de dicho postulado y además, y específicamente en Argentina, contenido en los artículos 1º y 33 de la Constitución Nacional. El principio de responsabilidad penal subjetiva (o de prohibición de responsabilidad penal por la mera producción de un resultado), al que trata separadamente como otra garantía constitucional mínima limitativa del ius puniendi, lo reconoce en el artículo 19, última parte, de la Constitución.³⁸

Por otro lado, en la obra de Fontán Balestra (16ª edición), actualizada por Guillermo A.C. Ledesma, se lee que el principio liminar "no hay pena sin culpabilidad", se extrae del artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe, "lo que supone que el sujeto a quien se quiere atribuir un delito conoce que quebranta los mandatos legales, o cuando menos, de acuerdo con sus circunstancias personales, debió conocerlos, supuestos ambos a los que no se puede arribar sin participación subjetiva de un individuo capaz".³⁹ Jorge Frías Caballero, Diego Codino y Rodrigo Codino, después de señalar que desafortunadamente en el ordenamiento jurídico argentino el principio no se encuentra formulado sino de manera implícita, concuerdan en que cabe afirmarlo positivamente como implicancia ló-

³⁷ ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, pág. 425.

³⁸ VITALE, "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal", en *Teorías Actuales en el Derecho Penal, 75º aniversario del Código Penal argentino*, págs. 71 y ss.

³⁹ FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, 16ª edición, págs. 307-398.

gica del principio de legalidad. “Por consiguiente, reviste idéntica jerarquía constitucional”.⁴⁰

La Constitución Nacional de la República del Paraguay, asegura en su artículo 17, N° 1, que en el proceso penal y en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a que sea presumida su inocencia; de esta formulación extrae la doctrina que la Constitución recoge el principio “nulla poena sine culpa” en forma indirecta y en combinación con una garantía procesal. La presunción tiene su campo de aplicación en primer lugar en el procedimiento penal, pero la regla constitucional señala también la necesidad de un presupuesto material de cada pena: la culpabilidad.⁴¹

Entre los juristas chilenos, el maestro Luis Cousiño Mac Iver caracteriza al principio de culpabilidad como “un problema de derecho constitucional y no de pertenencia exclusiva del derecho penal, puesto que se refiere a los derechos fundamentales del hombre, como sujeto de la organización jurídica y política de la nación”. Estima que pese a no haberlo consagrado expresamente la Constitución de 1980, el principio fluye implícitamente de varias de sus disposiciones y del contexto general de su filosofía y estructura. En su opinión, el imperio de dicho principio es indiscutible en nuestro país, con rango constitucional, encontrándose los soportes normativos en el artículo 1° de la Carta, que asegura, como “bases de la institucionalidad” que “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y que “El Estado está al servicio de la persona humana”; en los preceptos que consagran el Estado de Derecho “de modo indiscutible y permanente”, arts. 1°, 4°, 7°, 9°, 12, 13, 18, 19, 20, 21; en el inciso segundo del artículo 5° conforme al cual, “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”; el artículo 19 N° 3, que asegura a todas las personas un derecho inalienable, que “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”; finalmente, añade la presunción de inocencia consagrada en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos –vinculante para Chile– que estima con-

⁴⁰ FRÍAS CABALLERO, *Teoría del Delito*, 1993, págs. 61-62.

⁴¹ Anteproyecto de Código Penal, 1994, Fiscalía General del Estado, pág. 41.

tenedora del "nulla poena sine culpa", ya que al inocente no se le puede condenar a una pena.⁴²

Por su parte, Jorge Mera Figueroa, en un ensayo sobre las relaciones entre Derecho Penal y Derechos Humanos y con relación a la jerarquía del principio que nos ocupa, expresa: "Si bien este principio fundamental del derecho penal liberal garantista no se encuentra expresamente establecido ni en la Constitución –como sería deseable– ni en los tratados sobre derechos humanos, el mismo se deduce de estos últimos, particularmente de la exigencia en orden a que las limitaciones a los derechos humanos deben ser sólo las necesarias en una sociedad democrática".⁴³

En la tercera edición de su *Derecho Penal*, el profesor Alfredo Etcheberry aborda el tema, a partir de la declaración del artículo 19, N° 3, inciso 6° de la Constitución Política, conforme al cual "la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal". Estima que esta proclama representa un progreso sobre la Carta anterior, que no la contemplaba, pero deja constancia de su objeción al intento de quienes quieren ver aquí la consagración jurídica del principio "no hay pena sin culpabilidad", sobre la base de que al no poder presumírsela de derecho, estaría eliminada la responsabilidad objetiva. "Desearíamos que así fuera –señala– pero en realidad, si bien se mira, la disposición constitucional prohíbe presumir de derecho la culpabilidad en los casos en que ésta es exigible según la ley, pero no excluye la posibilidad de una ley que establezca casos de responsabilidad objetiva, es decir, en que la culpabilidad no se presume, sino que simplemente se prescinde de ella y se castiga un hecho haya o no culpabilidad. No hay una regla constitucional expresa que exija que siempre deba haber culpabilidad para que pueda imponerse una pena (nulla poena sine culpa)".⁴⁴

Jaime Náquira Riveros, en su Parte General, de reciente aparición, sostiene que la disposición constitucional (artículo 19, N° 3, inciso 6°) contempla de manera indirecta y parcial el principio de culpabilidad. De manera indirecta, porque no se refie-

⁴² COUSIÑO, op. cit., 6.

⁴³ MERA FIGUEROA, *Derechos Humanos en el Derecho Penal chileno*, 1998, pág. 160.

⁴⁴ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, t. I, 3ª edición, 1998, págs. 67-68.

re a él de modo expreso, sino que lo presupone como un elemento previo a la responsabilidad penal; y de manera parcial, en cuanto deja abierta la posibilidad que el legislador pueda establecer presunciones simplemente legales de culpabilidad. En definitiva, estima que de lege lata, relacionando el principio constitucional con el artículo 11 N° 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y con las normas del Código de Procedimiento Penal –arts. 42, 109 y 456 bis– el dogma tiene acogida en nuestro sistema penal.⁴⁵

Otros autores, como el profesor Mario Garrido Montt, no le asignan expresa ni implícitamente rango constitucional al principio de culpabilidad, pero lo encuentran manifestado o traducido en la presunción de inocencia. Se presume que toda persona es inocente en tanto no se acredite su culpabilidad (arts. 42 y 456 bis del Código de Procedimiento Penal), a lo que se agrega la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal.⁴⁶

Como puede advertirse de las opiniones citadas, no hay consenso en torno a una explícita consagración, ni a nivel constitucional ni a nivel legal, del principio nulla poena sine culpa en nuestro ordenamiento, pero los comentaristas, sin perjuicio de no hallarse tampoco contestes en torno a una consagración implícita del postulado en la Ley Fundamental, concuerdan en la necesidad ineludible de lograr en breve un acuerdo o compromiso constitucional claro y explícito –frente al cual la ley inferior no pueda excepcionarse– no meramente deducido o inferido de otros postulados, que elimine toda oscuridad, ambigüedad, indecisión o resoluciones de débil o impreciso fundamento –que en algo de suyo tan trascendental: el sí, el cómo y el cuánto de la pena– son altamente riesgosas para el Estado de Derecho democrático y social.

Tomando precisamente como punto de apoyo esa sentida y comúnmente compartida aspiración de nuestro pensamiento jurídico-penal, en el proyecto sobre “Declaración de Principios”, que elaboramos a solicitud de la comisión privada de profesores formada para redactar un nuevo Código Penal, el principio

⁴⁵ NÁQUIRA, *Teoría del Delito*, 1998, págs. 323 y ss.

⁴⁶ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, pág. 49.

de culpabilidad aparece consagrado en términos que procuramos redactar explícitos y comprensivos de la esencia que debe legislarse en defensa de ese postulado: Puntos 4 y 5.

4. "Sólo puede imponerse una pena a quien haya cometido con dolo o culpa de un modo reprochable un hecho antijurídico legalmente descrito y punible".

5. "La ofensividad del hecho punible y la culpabilidad personal del hechor son los criterios esenciales conforme a los cuales deberá determinarse o graduarse la pena".

Pensamos que en la formulación transcrita se ha procurado reglamentar el "*nullum crimen nulla poena sine culpa*" de manera amplia y comprensiva de todos sus aspectos garantísticos generalmente aceptados y no restringido únicamente a la responsabilidad penal subjetiva. Se trató en esta propuesta –debata y concordada con el profesor Eduardo Novoa Aldunate– de establecer un compromiso estrecho con los principios fundamentales, limitadores del *ius puniendi*: lesividad, culpabilidad por el hecho concreto y proporcionalidad de la pena, enraizados con las bases legitimantes de un orden jurídico-penal puesto al servicio de la pacífica convivencia social –la dignidad y la libertad del hombre– y no dictado para la sola satisfacción o autoconstatación del poder penal estatal.

En todo caso, y como es evidente en el momento actual, habrá que esperar la definitiva redacción que se acuerde del nuevo Código –cuya dictación es en el presente una urgente necesidad–, lo que de seguro implicará una espera que se puede vaticinar como muy prolongada y, sin duda, repleta de controversia jurídico-política, toda vez que en lo concerniente a la modificación de las "bases ideológicas" del ordenamiento penal general puede advertirse una opinión de importantes sectores de influencia más bien conservadora y reticente a cambios trascendentales. A este respecto, es importante traer a colación las reflexiones presentadas por Francisco Grisolia en su ensayo sobre la reforma penal chilena, publicado en 1967.⁴⁷

Es nuestra opinión provisoria –que indudablemente deberá perfeccionarse con un debate interdisciplinario más profun-

⁴⁷ GRISOLIA, "La reforma penal en Chile", *ADPCP*, 1967, págs. 289 y ss.

do y activo– que una interpretación teleológica y contextual –sustentada en el principio racional de que las leyes deben interpretarse conforme a los fines constitucionales (bases constitucionales del Derecho Penal)– a partir de los postulados superiores de que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que el Estado está al servicio de la persona humana (artículo 1º, incisos primero y cuarto de la Carta de 1980), en directa vinculación con la prohibición constitucional de la presunción iure et de iure de la responsabilidad penal (y con ello, de la culpabilidad penal) y con la presunción de inocencia asegurada en los pactos internacionales sobre derechos humanos (vinculantes en Chile) y con la proclama del artículo 42 del Código Procesal Penal –cuyo lenguaje abstruso es lamentable, teniendo en cuenta la alta trascendencia jurídico-garantista, política y social de la materia legislada– permite sustentar, de manera precaria e imperfecta, y por tanto, insatisfactoria, el reconocimiento del principio de culpabilidad en nuestro orden jurídico-penal. No podemos ocultar, al mismo y propio tiempo, tristes y reprochables excepciones al postulado, como son los delitos calificados por el resultado, sobre cuya inconstitucionalidad hay sólidas opiniones.⁴⁸

En esta perspectiva, nuestra legislación pertenecería a las “duales” o “bifrontes”, según el concepto de Schurmann Pacheco, ya invocado precedentemente.

4. Entre los Códigos Penales europeos, el austriaco declara en su artículo 4º, que sólo es punible quien actúa culpablemente.

El principio de culpabilidad “en sentido restringido o tradicional”, lo encuentran recogido algunos autores en el parágrafo 46, inciso primero, del Código Penal alemán: “La culpabilidad del autor es el fundamento para la determinación de la pena”. De acuerdo al inciso segundo, “Las consecuencias de la pena en la vida futura del autor en la sociedad también deben tenerse en cuenta”. En palabras de Hans-Heinrich Jescheck, “El principio de culpabilidad se considera en Alemania postulado supremo de la política criminal” y lo entiende mantenido ex-

⁴⁸ CURY, *Derecho Penal, Parte General*, t. II, págs. 3-4.

presamente en el parágrafo 46 del Código Punitivo, "aunque mediante una fórmula algo equívoca según la cual la culpabilidad es sólo 'base' de la medición de la pena".⁴⁹ Stratenwerth califica, por diversas razones, al parágrafo 46 como regla carente de determinación y vacía de contenido, haciéndose cargo de las observaciones críticas dirigidas hacia ese precepto y que apuntan, por sobre todo, al significado y efectos de la fórmula en cuanto a los fines de prevención.⁵⁰

"No hay pena sin dolo o imprudencia", reza la declaración contenida en el artículo 5º del Código Penal español de 1995, que sustituyó a la norma del artículo 1º, párrafo 2º del anterior cuerpo legal, entrado en vigencia en el año 1983, cuyo tenor literal rezaba: "No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste, si se hubiere causado, al menos, por culpa". Refiriéndose a este último texto legal, Antonio García Pablos ha postulado que el principio de culpabilidad, entendido como responsabilidad subjetiva –y sólo en este aspecto– se consagraba en el artículo 1º-1 del Código Penal, que definía los delitos como "acciones y omisiones dolosas o culposas", en el artículo 1º. Párrafo 2 ("no hay pena sin dolo o culpa") y en el artículo 6º bis b) ("Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible"). Advertía el autor en estos preceptos una consagración parcial de una de las exigencias del principio de culpabilidad, en orden a los presupuestos de la pena: el principio de responsabilidad subjetiva. Compartiendo la opinión de Zugaldía Espinar, estima que una plasmación expresa y completa del principio culpabilístico requeriría del siguiente mandato: "La culpabilidad del autor por el hecho determinará la medida máxima de la pena".⁵¹

José M. Gómez Benítez, en su *Teoría jurídica del delito* aborda con riguroso detalle las razones motivadoras de la reforma al artículo 1º del Código Penal, resaltando entre ellas la de que

⁴⁹ JESCHECK, op. cit., 22.

⁵⁰ STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico de culpabilidad*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la U. Complutense, LXXX, pág. 57.

⁵¹ GARCÍA PABLOS, *Derecho Penal, Introducción*, U. Complutense, 1995, págs. 287-288.

“era necesario reafirmar un derecho penal que desterrase del Código Penal la responsabilidad objetiva por el resultado”.⁵² En la actualidad, habiéndose hecho realidad el nuevo Código de 1995, resulta más que útil –si nos abocamos a la temática del principio de culpabilidad y sus trascendentales proyecciones dogmáticas y político-criminales– traer a colación algunos antecedentes histórico-legislativos. En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, sobre reforma urgente y parcial del Código Penal, se destacó entre los requerimientos de reforma más urgentes, cuya consecución se buscaba con la nueva legislación, “la necesidad de satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho Penal ajustado al Estado de Derecho y, por tanto, asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad y de concreción al hecho”. Con mayor detalle sobre los aspectos concretos reformados se dijo más adelante: “Entrando con mayor precisión en las materias abordadas por el presente proyecto, destaca en primer lugar la modificación del texto del artículo 1º del actual Código Penal. Con ello se pretende, de un lado, resolver la equivocidad de la referencia a la voluntariedad en el modo en que lo hace el texto actual; de otra parte, se desea sentar el principio básico para desterrar de nuestro sistema la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones. La exigencia del dolo o culpa como únicos fundamentos de la responsabilidad penal, se juzga, por consiguiente, como inaplazable”. A su turno, la exposición de motivos del proyecto del Código Penal de 1992, consagró al principio de culpabilidad como “garantía nuclear” del sistema penal propio del Estado social y democrático de Derecho, imponiéndose, en consecuencia, la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, “como ya sucede en el Código vigente desde la reforma de 1983”.⁵³

No hemos encontrado en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el nuevo Código, consideraciones en torno al principio de culpabilidad, el cual entendemos incorporado restrictivamente,

⁵² GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, 1984, págs. 44 y ss.

⁵³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, op. cit., 29).

en cuanto principio de responsabilidad penal subjetiva, en los artículos 5° y 10:

5. "No hay pena sin dolo o imprudencia".

10. "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley". El texto revisado por nosotros es el Código Penal de 1995, edición anotada y concordada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. Refiriéndose a este cuerpo legal, Luzón-Peña señala que el mismo no ha estimado conveniente mencionar expresamente la exigencia de culpabilidad para la existencia del delito y la imposición de la pena, ni formular expresamente qué fines se le atribuyen a la pena. Pero, de diversas regulaciones, se desprende el reconocimiento de la culpabilidad y de su posible graduación, con influencia directa en la magnitud de la pena. Estima este autor que el nuevo Código no consagra expresamente dicho principio con todas sus repercusiones garantísticas y el principio de responsabilidad subjetiva –artículo 5°: no hay pena sin dolo o imprudencia– tendiente a proscribir la responsabilidad objetiva o por el resultado, es sólo una parte del principio de culpabilidad, el cual va más allá de la garantía de no hay pena sin culpabilidad individual. Recuerda que incluso ese aspecto parcial –el principio de responsabilidad subjetiva– es ajeno al auténtico principio de culpabilidad para quienes estiman que el dolo y la culpa no pertenecen a la culpabilidad, sino a la faz subjetiva del tipo de injusto. Es su opinión personal, que habría sido preferible que el Código hubiera recogido entre sus garantías del Título Preliminar el principio de culpabilidad, bien con la denominación mayoritariamente aceptada de culpabilidad, o bien con otra denominación sustitutiva, como podría haber sido la de "responsabilidad individual o personal", sin que, por lo demás, cualquiera denominación tuviera que juzgarse decisiva, a efectos de prejuzgar el contenido y caracterización de lo que tradicionalmente se ha denominado culpabilidad.⁵⁴ Este punto es controvertido en la doctrina ibérica. Así, para José Cerezo Mir es objetable que el Código Penal no recoja expresamente por

⁵⁴ LUZÓN-PEÑA, "Culpabilidad y Pena en el Código Penal español de 1995", en *Teorías Actuales en el Derecho Penal, 75° aniversario del Código Penal argentino*, págs. 311 y ss.

su nombre el principio culpabilístico “No hay pena sin culpabilidad”, como lo hacían el proyecto de nuevo Código Penal de 1980 (art. 3º) y el borrador de anteproyecto de Código Penal, Parte General, de 1990 (art. 3º), sino que se limite a recoger el principio más limitado de responsabilidad subjetiva, artículo 5º, “no hay pena sin dolo o imprudencia”. Con este último precepto –dice Cerezo Mir– “se quiere excluir únicamente la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por el resultado y soslayar la proclamación del principio de culpabilidad, según el cual la culpabilidad es el fundamento y límite de la pena”. Atribuye al legislador el haber buscado una solución “de consenso”, teniendo en cuenta las críticas al supuesto carácter moralizante del término culpabilidad, así como la tesis de Gimbernat, de que la pena no puede encontrar su fundamento y su límite en la culpabilidad, sino en las necesidades preventivas.⁵⁵

En opinión de Muñoz Conde y García Arán, en el Título Preliminar del Código se acoge, entre las garantías penales, el principio de culpabilidad, si bien sin mencionar este nombre en su vertiente de que “no hay pena sin dolo o imprudencia” (art. 5º), es decir, como prohibición de la responsabilidad objetiva, pero no con otras consecuencias que se deducen también del mismo postulado, como la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad o la exigibilidad del comportamiento, que sí encuentran acogida en otros artículos del Código (p. ej., arts. 10, 12, 14, 19, 20, etc.). De ahí –expresan– que en la tramitación parlamentaria del cuerpo de leyes se estimara por algún grupo parlamentario que la declaración del artículo 5º era incompleta.⁵⁶ Otros autores se inclinan por preferir que el Código Penal no haya utilizado un concepto como el de culpabilidad que, aunque mayoritariamente aceptado todavía, viene siendo, desde hace un tiempo prolongado, objeto de intensos ataques –provenientes, esencialmente, de las tesis preventivas– pudiendo advertirse un consenso bastante generalizado de que la noción de culpabilidad clásica o

⁵⁵ CEREZO MIR, op. cit., 27).

⁵⁶ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición revisada y puesta al día, 1996, págs. 95-97.

tradicional, de reprochabilidad por la conducta antijurídica, vinculada al libre albedrío (posibilidad de actuar conforme a las normas) y al retribucionismo, se halla en crisis.⁵⁷ A partir de esta situación constatada, goza de muchos adherentes la proposición de sustituir la culpabilidad por otras categorías más neutras, desvinculadas de connotaciones morales ("moralmente insípidas"), como atribuibilidad, responsabilidad, imputación personal.

Es conocida la tesis más rigurosa –de Enrique Gibernat y seguidores– que exige abandonar totalmente la culpabilidad como fundamento y límite de la pena, reemplazándola por las exigencias de la prevención general y especial, partiendo para ello del supuesto que la pena puede ser satisfactoriamente explicada sin necesidad de acudir al concepto de culpabilidad como sustrato fundamentador. Según el catedrático español, ni el Derecho Penal ni la pena presuponen como obligado presupuesto a la culpabilidad.⁵⁸ Los ya citados Muñoz Conde y García Arán señalan que son tanto el concepto de culpabilidad como su contenido, nociones que distan mucho de ser pacíficas en la doctrina; de ahí que se rehuyera utilizarlo en la redacción del nuevo Código de 1995 y éste se refiera sólo a lo que es hoy absolutamente indiscutible, es decir, que tanto se le considere como una consecuencia del principio de culpabilidad, como si se lo considera una consecuencia de otros elementos del delito, una pena sólo puede imponerse cuando hay dolo o imprudencia.⁵⁹ Con respecto a la anterior reforma de 1983, artículo 1.2, Muñoz Conde había dicho que tal redacción suponía un paso adelante en la consecución del principio de culpabilidad, aunque insuficiente en la medida que se mantenían en el Código delitos calificados por el resultado, si bien este último debía ser producido por lo menos imprudentemente. De todos modos, subsistía la contrariedad al principio de culpabilidad y al sentido de proporcionalidad que estos delitos fueran castigados con la misma pena que si el resultado cualifi-

⁵⁷ LUZÓN-PEÑA, op. cit., 54).

⁵⁸ GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?", en *Estudios de Derecho Penal*, 1981, págs. 107 y ss.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, op. cit., 56).

cante se hubiera producido dolosamente.⁶⁰ Frente al Código actual, el autor celebra la supresión de los delitos calificados por el resultado, que ha dejado paso a las reglas generales del concurso (cuando procedan) entre el delito inicial y el que se haya producido imprudentemente como consecuencia de aquél. No obstante, denuncia la presencia en el nuevo Código de algún precepto aislado que recoge cualificaciones por el resultado, las que, en todo caso, sólo serán imputables de producirse al menos por imprudencia. Menciona como ejemplos los delitos de terrorismo, art. 572.1, “si causaran la muerte de una persona”; abuso de información privilegiada por parte de funcionario o actividad, se agrava la pena “si resultare grave daño para la causa pública o para tercero”, art. 442. Alude a una “forma encubierta” de responsabilidad por el resultado, que existía contenida en la figura de preterintencionalidad acogida en la atenuante del N° 4 del artículo 9° del anterior Código (no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que se produjo) suprimida actualmente. Daba a entender que el mayor resultado se imputaba a título de dolo, aunque después se disminuyera la pena del respectivo tipo doloso.⁶¹

Cerezo Mir apunta que en el nuevo Código Penal, de acuerdo con la opinión ampliamente mayoritaria en la moderna ciencia del Derecho Penal español, se ha pretendido suprimir los delitos calificados por el resultado y no se ha incluido, por ello, un precepto equivalente al párrafo segundo del artículo primero del viejo Código. No obstante, estima que en la Parte Especial del actual texto hay algunas figuras delictivas que es difícil interpretar de otro modo que como delitos calificados por el resultado, p. ej., arts. 229.3, 231.2, 417.1, párrafo segundo; se establece una misma pena para los supuestos en que el ulterior resultado más grave es doloso o imprudente, lo que contraría al principio de culpabilidad. En todo caso, le parece que el evento más grave que conduce a la imposición de una pena más elevada, tendrá que haberse producido, sin embargo, a lo

⁶⁰ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, op. cit., 56).

⁶¹ *Ibíd.*

menos por culpa, dado que según el artículo 5º, no hay pena sin dolo o imprudencia.⁶²

En el Código Penal suizo –art. 63– el principio de culpabilidad determina la medición de la pena. Un compromiso expreso con dicho principio se encuentra en el Código Penal de Liechtenstein (1987) a través de su artículo 4º, cuya declaración programática se complementa con los artículos 5º, 6º, 8º, 9º, 10, 11 y 32. Según Jescheck, por medio de la explícita consagración del apotegma “nulla poena sine culpa” en el parágrafo 4 del texto legal, el principio de culpabilidad se halla expresado de manera mucho más clara en el derecho de Liechtenstein que en el derecho alemán y suizo, en los cuales se echa de menos una definición precisa.⁶³ También el Derecho Penal checoslovaco se basa en el principio culpabilístico. En el artículo 3º inciso 3º del Código se requiere para la punibilidad una conducta dolosa o, al menos, culposa (responsabilidad penal subjetiva). En el Código Penal polaco de 1969 no es un dogma extraño el principio de culpabilidad, el cual –en concepto de Jescheck– ya se encontraba recogido en algunas disposiciones del Código de 1932. El proyecto de 1990 sitúa al principio de culpabilidad como basamento y límite de la responsabilidad personal del autor por su acción en el centro de todas sus regulaciones.⁶⁴ En el nuevo texto de Código Penal, entrado en vigencia el 6 de junio de 1997, se consagra al principio de culpabilidad como una de las bases de la punibilidad, en el artículo 1º, párrafos 1 y 3.⁶⁵ El Código Penal portugués de 1982 consagra la impunidad del error de prohibición exculpante en el artículo 17, apartado 1 y determina en el artículo 71 N° 2 letra c), que para la medición de la pena deben considerarse los motivos y objetivos del autor, con lo que se reconoce una regla medular del principio de culpabilidad.⁶⁶

⁶² Op. cit., 27).

⁶³ JESCHECK, op. cit., 31).

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ EVA WEIGEND, “Das neue polnische Strafgesetzbuch von 1997”, *ZstW*, 110 Band, 1998, Heft 1, págs. 120 y ss.

⁶⁶ Código Penal, 8ª Edição, 2000.

5. En cuanto a los códigos penales latinoamericanos, cabe agregar a las normas ya citadas de la legislación colombiana –artículo 5º–, el artículo 38 del Código Penal de Costa Rica, precepto éste que da inicio a la Sección V del Título II, “Culpabilidad”: “Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención” (principio de responsabilidad penal subjetiva). El nuevo Código Penal de Bolivia, de 1997, declara en su artículo 13, bajo el título “No hay pena sin culpabilidad”, que “No se le podrá imponer pena al agente, si su actuar no le es reprochable penalmente. La culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena”. Aquí el legislador ha ido más allá de la mera garantía de dolo o culpa como fuente de la responsabilidad. Puede advertirse que el texto adhiere a una determinada teoría en materia de contenido y esencia de la culpabilidad, entendiéndola como reprochabilidad, concepción ésta, denunciada en estado de “crisis” por cada día más numerosos autores y desde hace ya treinta años. Destacamos que en la exposición de motivos de la Ley 1.768, de modificaciones al Código Penal, de 10 de marzo de 1997, el Ministro de Justicia, Dr. René Blattmann Bauer expresa: “Se reformula el principio de culpabilidad al introducir el concepto normativo de reproche como base y esencia de la culpabilidad, en consonancia con el derecho penal contemporáneo”. A continuación destaca el doble rol que tiene el principio de culpabilidad, “cuando determina en la valoración de la conducta, según los casos, la ausencia de tipicidad o culpabilidad. En este contexto:

a) La imposición de la pena requiere que la conducta típica y antijurídica sea reprochable a su autor.

b) El agente sólo responderá de una consecuencia más grave de su conducta, si esta consecuencia ha sido ocasionada por una conducta atribuible al autor por lo menos a título de culpa”.⁶⁷

El principio de culpabilidad “restringido” puede reconocerse en el Código Penal del Perú; entre los “Principios Generales” del Título Preliminar se halla el artículo VII: “La pena

⁶⁷ Exposición de Motivos de la Ley N° 1.768, de Modificaciones al Código Penal.

requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva". A su turno, el artículo 11, situado entre las "Bases de la Punibilidad", prescribe que "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley".

En el anteproyecto de Código Penal, de 1994, preparado para el Paraguay por la Fiscalía General del Estado, con la asesoría internacional del Prof. Dr. Wolfgang Schöne, la culpabilidad, sea como fundamento, sea como límite de la pena es indispensable, de acuerdo a la declaración del artículo 2º, inciso 2º: "La pena no podrá exceder el grado del reproche penal". Al regular las bases de la medición de la pena, el texto legal alude a la "reprochabilidad del autor", como base y límite de esa medición (art. 64, inc. 1º). El principio de "nulla poena sine culpa" es categóricamente sustentado como "norte" para la reforma del Código Penal vigente en la Exposición de Motivos del anteproyecto. "Basta consultar, junto con el artículo 2º (inc. 2º), la reglamentación del error de prohibición, la diferenciación entre los casos sin reproche y una mera renuncia al reproche posible, la posibilidad de optar por una mera eximición de la pena, por razones supraindividuales de la política criminal, sin apartarse del juicio de la reprochabilidad individual de la conducta y, naturalmente, toda la dicotomía de penas y medidas". La misma Exposición deduce del principio consagrado, como consecuencia para la configuración de la Parte Especial, la prohibición de penas absolutas que no permiten fijar la pena concreta de acuerdo con el grado de reprochabilidad individual. Las disposiciones sobre las conductas delictivas tienen que combinarse con marcos penales adecuados al ilícito, pero indicando máximos y mínimos que determinan la competencia del juez en la medición de la pena. Otra importante declaración del anteproyecto es la no admisión del principio invertido, es decir, "nulla culpa sine poena". Citando a Kant, se recuerda en el texto aludido que en el Estado lego, a diferencia del Estado ideal "de Dios", no es la justicia absoluta sino "la sabiduría penal del gobernante" la que decide sobre si la pena se emplea siempre y sin excepción alguna cuando lo legitime la existencia de la culpabilidad. Se reconoce la inexistencia de impedimentos jurídicos para que el Estado pueda prescindir de

una pena perfectamente legítima, por dudar, respecto a ciertas categorías, de casos de su utilidad como medio regulador social, o por disponer de alternativas de intervención con eficacia todavía mayor.⁶⁸

El profesor argentino Alberto Binder redactó el anteproyecto de Código Penal para Guatemala (1992), en el cual el Título III, que se denomina “Culpabilidad”, comienza con el artículo 18, que consagra el siguiente principio básico: “No existirá responsabilidad sino de un ilícito penal. De ninguna consecuencia de la acción será responsable el autor o cómplice, si con respecto a ella no ha obrado, a lo menos, culposamente”. De conformidad al siguiente artículo, serán reprochables los ilícitos cometidos por una persona física, siempre que al momento del hecho: 1) ella hubiere tenido la capacidad de dirigir sus acciones y comprender la ilicitud de sus actos; 2) ella hubiere tenido una razonable posibilidad de conocer las normas que tornan ilícita su conducta. En la Exposición de Motivos, el autor explica que la necesidad de establecer con absoluta claridad la proscripción de la responsabilidad objetiva en el ámbito de la responsabilidad humana, lo indujo a incluir un artículo que establece el principio de culpabilidad “como un pilar de todo el sistema”, de lo cual deriva que la ilicitud podrá ser dolosa o culposa, pero nunca fundada en una mera relación de causalidad, real o hipotética. Asimismo, da cuenta de su preferencia por una formulación positiva de la culpabilidad, para acercar la idea de “poder”, básica en la culpabilidad. Así como la ilicitud gira alrededor de la idea de “deber” y su transgresión, la culpabilidad lo hace alrededor del concepto de “poder”. “Deber” y “poder” son, pues, las ideas centrales alrededor de las cuales se estructura toda la imputación penal relativa a las personas físicas. Es claro y explícito el compromiso con la culpabilidad –reprochabilidad–, entendida como “un juicio de reproche realizado a quien ha contravenido el deber, pudiendo no hacerlo”, fundado, a su vez, en la capacidad de dirigir las acciones y comprender la criminalidad (capacidad cuyo aspec-

⁶⁸ Anteproyecto de Código Penal, 1994, Fiscalía General del Estado con la asesoría internacional del profesor Wolfgang Schöne.

to negativo es la inimputabilidad) y en la razonable posibilidad de conocer que su conducta estaba prohibida (posibilidad cuyo aspecto negativo es el error de prohibición).⁶⁹

También el Código Penal del Brasil recoge el principio de responsabilidad subjetiva al declarar en el artículo 18, después de establecer que los delitos son dolosos o culposos, que salvo los casos expresamente reglamentados en la ley nadie puede ser penado por un hecho previsto como delito, sino cuando lo ha cometido dolosamente.

El Código Penal del Ecuador recepciona el mismo principio antes aludido, en su artículo 14, el cual distingue entre la infracción penal dolosa y culposa, clasificándose la primera (dolosa) en "intencional" y "preterintencional".

En la legislación penal mexicana (Código Penal Federal, art. 8º), "las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente". El artículo siguiente (art. 9º) define el obrar doloso y el obrar culposo.

En lo que concierne al Código Penal chileno, el profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba opina que el texto está informado por el principio de culpabilidad, teniendo éste una naturaleza valorativa que se funda en la posibilidad por parte del sujeto activo del delito de obrar distintamente de como lo ha hecho y conforme a Derecho. Precisa el autor, que la culpabilidad, en nuestro Código, es culpabilidad por el acto, no por la conformación de la personalidad ni por la conducción de su vida. No obstante, el reconocimiento del principio está sometido a lamentables excepciones, referidas, las unas, a la culpabilidad en su carácter de elemento del delito y consiguiente presupuesto de la pena, las otras, a su función de medida de ésta. Demanda la urgente eliminación de tales anomalías para alcanzar en plenitud el principio de culpabilidad.⁷⁰

En nuestra opinión, la ausencia de un compromiso explícito del Código nacional con el principio culpabilístico (aunque

⁶⁹ Anteproyecto de Código Penal para la República de Guatemala, en *Política Criminal: De la Formulación a la Praxis*, 1997, págs. 271 y ss.

⁷⁰ DE RIVACOBA Y RIVACOBA, "El Principio de Culpabilidad en el Código Penal Chileno", en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal Chileno*, 1975, págs. 49 y ss.

sea nada más en su aspecto “restringido”, de responsabilidad penal subjetiva), unida a la subsistencia de hipótesis de calificación por el resultado y, hasta hace muy poco, de fórmulas de Derecho Penal de autor,⁷¹ impiden declarar que, como principio o característica general, el texto está informado por el “nulla poena sine culpa” y menos encontrar en el mismo una adhesión clara y expresa a la culpabilidad entendida como reprochabilidad por no haberse comportado el sujeto en forma distinta al hecho realizado y conforme a Derecho. No obstante, si se acepta que el principio posee rango constitucional,⁷² a esta categoría normativa superior debería ajustarse la interpretación de la ley inferior (Código Penal), sobre todo si el Derecho Penal debe ser entendido, según puntualiza más de un autor, como “Derecho Constitucional aplicado”, lo que llevaría, a su vez, a concluir, como se ha hecho en otros ordenamientos (español, por ejemplo), que el “nulla poena sine culpa” es un principio rector del Derecho Penal nacional. Con mayor detalle volveremos sobre este tema en el Capítulo IV, en el cual presentamos una visión general del estado de la cuestión en nuestra dogmática.

6. Constituye un hecho históricamente indesmentible que la atribución al principio de culpabilidad del rango supremo que actualmente –y por encima del debate sobre la culpabilidad– se le reconoce mayoritariamente fue, desde la perspectiva político-jurídica, particularmente en Alemania, un producto, una respuesta, una reacción frente a la violenta instrumentalización que del Derecho hizo la dictadura nacionalsocialista para sus perversos y delictivos fines, lesivos de los derechos esenciales de la persona humana.

Es en la época posterior al término de la Segunda Guerra Mundial, cuando surge –mejor dicho, se redescubre y se toma dramática conciencia del mismo– el substrato sobre cuya base

⁷¹ La Ley N° 19.567, publicada en el Diario Oficial el 01.07.1998, derogó las figuras de vagancia y mendicidad, contenidas en el párrafo 13 del Título VI del Libro II del Código Penal, unánimemente objetadas por reflejar un Derecho Penal de autor.

⁷² Cfr. COUSIÑO, op. cit., 6); NÁQUIRA, op. cit., 8); ETCHEBERRY, op. cit., 44); infra, Cap. IV, párrafos II y III.

se cimenta el principio de culpabilidad como un postulado –una garantía– de nivel penal-constitucional.

Ello se verifica, señala Enrique Bacigalupo, recordando a Topitsch, bajo un clima intelectual en el que se sostenía en Alemania que “el cientificismo y el positivismo abrieron la puerta al Estado totalitario al negar la dignidad metafísica de la persona humana”. Si el cientificismo y el positivismo habían sido una causa importante de la experiencia totalitaria nazi, resultaba claro que el Estado de Derecho que se quería construir después de la segunda conflagración mundial, debía garantizar que la pena sólo podía proponerse fines utilitarios (básicamente preventivo-especiales), mientras ello no afectara la dignidad de la persona humana, que el positivismo había dejado fuera de la problemática de la ciencia del Derecho.⁷³

Es a partir de ese instante histórico y construida sobre una experiencia dramática, que surge en el mundo político-jurídico la convicción de que el Estado de Derecho, opuesto a la idea de totalitarismo y respetuoso de los derechos del hombre –sobre todo el derecho a ser tratado como ser digno–, debe fundarse en y asegurar lo que el positivismo extremo se había negado a reconocer y amparar y que la doctrina jurídico-penal tradicional había proclamado. El pensamiento de Radbruch rubrica esta idea: “Con su convicción de que ‘la ley es la ley’, el positivismo dejó a los juristas alemanes indefensos frente a la ley de contenido arbitrario y delictivo”.⁷⁴

“A las consideraciones precedentes –agrega el profesor argentino– el concepto de culpabilidad (como presupuesto de la pena) es creación de los dogmáticos posthegelianos, como Merkel, Ihering, Hälschner, etc., y resultante de una discusión relativamente nueva sobre la naturaleza de lo ilícito”.⁷⁵ En este ámbito específico no debe perderse de vista, además, que bajo la influencia de la escuela de Von Liszt, la noción de culpabilidad permaneció –hasta la década de 1930– atada estrechamente a la concepción de la pena con un mecanismo preventivo

⁷³ BACIGALUPO, op. cit., 23).

⁷⁴ RADBRUCH, “Gesetzliches Recht und übergesetzliches Recht”, en *Rechtsphilosophie*, 6ª edición, págs. 347 y ss.

⁷⁵ BACIGALUPO, op. cit., 23).

especial e integrada con elementos de personalidad, de carácter o personalidad del sujeto, es decir, de peligrosidad. “La culpabilidad es tanto más grave –sostenía Eberhard Schmidt– cuanto más peligroso es el autor y cuanto más antisocial nos parece su carácter”.⁷⁶ “Sólo esta concepción de la culpabilidad, que incluye la peligrosidad social del autor, permite tender un puente desde la teoría general del delito a la teoría general del delincuente y explicar por qué la comunidad reacciona a las acciones de un delincuente habitual con mayor rigor que respecto de la acción del llamado delincuente momentáneo”.⁷⁷ Antes había afirmado Von Liszt que de la significación sintomática del acto culpable, respecto de la naturaleza peculiar del autor, se deduce el contenido material del concepto de culpabilidad; éste radica en el carácter asocial del autor, cognoscible por el delito cometido (conducta antisocial).⁷⁸

La verdadera enunciación de principios fundamentales en materia de culpabilidad penal, que se contiene en las varias veces recordada sentencia alemana de 1952, se dicta precisamente pocos años después de la derrota de la dictadura nazi.

7. Siguiendo a Stratenwerth, cabe distinguir en el desenvolvimiento del pensamiento jurídico penal post Segunda Guerra Mundial, dos períodos claramente diferenciados y vinculables con distintos momentos de la dogmática y la política criminal, en relación a la curva evolutiva del principio “nulla poena sine culpa”.

La primera etapa se identifica con un reconocimiento y fortalecimiento del principio jurídico de culpabilidad, no sólo como reacción frente a la escuela lisztiana sino, ante todo, para superar la experiencia negativa que significó el Estado antijurídico del régimen nazi. Las principales manifestaciones o expresiones de este período son, por una parte, transcendentales sentencias judiciales y, por la otra, las sesiones de la Gran Comisión de Derecho Penal (de reforma) y su resultado, el proyecto alemán de Código Penal de 1962. La culpabilidad es fundamento

⁷⁶ E. SCHMIDT, SCHWEIZ. *ZStrW*45 (1931), pág. 227.

⁷⁷ LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1932, pág. 231.

⁷⁸ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal* (versión española), t. II, 1916, págs. 197 y ss.

y medida de la pena, aserto que se entiende como pronunciamiento en favor de la dignidad de la persona, a la que debe protegerse de una reducción a mero objeto de medidas intimidantes y correccionales. Se trataba de expresar un repudio al puro pensamiento orientado a la obtención de una finalidad, expresado en la "cínica divisa" del Tercer Reich, según la cual el Derecho sería sólo aquello que es útil al pueblo alemán. Se pretendió una decidida revinculación del Derecho con los principios de la moralidad. Para Stratenwerth es característico en este sentido el conocido pasaje de la sentencia del Gran Senado Penal, que ya hemos citado antes y cuyo tenor repetimos, por su elevada importancia en un determinado hito histórico-dogmático: "La pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad [...] El fundamento interior del reproche de culpabilidad consiste en que el hombre dispone de una capacidad libre, responsable y moral de autodeterminación y que, por lo tanto, puede decidirse por el Derecho contra su negación".⁷⁹

Menciona, asimismo, el fallo del Tribunal Federal Constitucional, de 1966, que ya hemos transcrito.⁸⁰

En forma mucho más directa y clara se aprecia la existencia del nexo con un pasado de totalitarismo y abuso, en la fundamentación del proyecto oficial de 1962: "Querer penar sin el reproche de culpabilidad sería falsificar el sentido de la pena y convertirla en una medida carente de coloración moral, de la que podría abusarse con fines políticos". No obstante la afirmación de tales principios, no debe excluirse totalmente del Derecho Penal –precisa Stratenwerth– la observancia de puntos de vista preventivos, pero ésta sólo será admisible dentro del marco limitado por la culpabilidad.⁸¹ Los conceptos recordados se vertieron en el párrafo 60 del proyecto de Código Penal de 1962, que se convirtió –sin experimentar prácticamente modificaciones– en el párrafo 46, inciso primero, del texto vigente. "La culpabilidad del autor es el fundamento de la individualización de la pena" (inc. 1º). "Las consecuencias de la pena en la vida futura del autor en la sociedad también deben tenerse en cuenta" (inc. 2º).

⁷⁹ Supra, 2, cit. 13).

⁸⁰ VerfGE 20-323-331, supra, 2, cit. 14).

⁸¹ STRATENWERTH, op. cit., 50).

El segundo período en el desenvolvimiento del principio culpabilístico, se inicia, para Stratenwerth –tanto desde el punto de vista objetivo como temporal– con el proyecto alternativo de Código Penal alemán, de 1966 (Parte General). Es un planteamiento primordial de esta iniciativa, que la pena no debe fundamentarse ya más en la culpabilidad, sino que ésta operará sólo como límite o barrera de su máximo. El sentido de la pena no será determinado por la compensación de la culpabilidad, sino por fines racionalmente descritos. El proyecto alternativo postula que “Las penas tienen por función la protección de los bienes jurídicos y la reinserción del autor en la comunidad jurídica” (parágrafo 2º, inc. 1º). Esta fórmula no puede dejar de relacionarse con una conocidísima sentencia de la Exposición de Motivos del proyecto, relativa a ese parágrafo, conforme a la cual la aplicación de una pena “no es parte de un proceso metafísico, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como los hombres”.⁸² Esta frase, apunta Gonzalo Fernández, supo recorrer el mundo académico y constituyó una especie de proclama antirretribucionista.⁸³

La profunda y radical transformación por la que atraviesa la ciencia del Derecho Penal en esta fase del proceso, ha sido caracterizada como “la época de la despedida de Kant y Hegel”, que “había mantenido durante muchos decenios la doctrina ‘majestuosa’ de la pena retributiva con encantos líricos y legitimaciones idealistas”.⁸⁴ Como consecuencia de este vuelco, que sienta las bases para una verdadera crisis de legitimación del Derecho Penal, el proyecto de 1962 –indica Bernd Schünemann– con sus elementos íntimamente ligados a la teoría retributiva, se desplomó ante los ataques de los partidarios del proyecto alternativo de modo tan súbito que quedó probado lo sumamente rancio de tal concepción.⁸⁵

⁸² *AE-Allg.*, 1ª parte, 1966, pág. 29 (el enunciado debido a HANS SCHULTZ, Cfr. *JZ*, 1966, pág. 114).

⁸³ FERNÁNDEZ, “El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad”, en *De Las Penas*, Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti, 1997, págs. 229-230.

⁸⁴ WOLF PAUL, “Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena”, en *Prevención y Teoría de la Pena*, 1995, pág. 64.

⁸⁵ SCHÜNEMANN, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo”, en *Sistema moderno de Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, 1991, págs. 147 y ss.

Afirmaciones tan categóricas como la de que el principio de culpabilidad implica que la pena criminal sólo puede fundamentarse en la comprobación de que el hecho puede serle reprochado al autor, apreciadas como reales dogmas por sus sostenedores, son blanco de fuertes críticas, provenientes de reputados autores europeos y latinoamericanos.

Podemos destacar, con una perspectiva que hemos tratado de actualizar al máximo, las siguientes publicaciones, en idioma español, que nos parecen altamente representativas, sin desconocer en modo alguno el mérito de muchas otras que, por inadvertencia, no hayamos incluido en esta nómina, que no pretende ser exhaustiva:

“¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, Enrique Gimbernat Ordeig, en *Estudios de Derecho Penal*, 1ª edición, 1976; “Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales”, Claus Roxin, en *Problemas básicos de Derecho Penal*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, 1976; del mismo Claus Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, 1981; Albin Eser y Björn Burkhardt, *Derecho Penal, cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, 1995. *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Gunther Stratenwerth, versión castellana de Enrique Bacigalupo y Agustín Zugaldía Espinar, 1980; “El principio de culpabilidad”, Francisco Muñoz Conde, en III Jornadas de profesores de Derecho Penal, cursos y congresos de la Universidad de Santiago de Compostela, 1975; *Culpabilidad y Pena*, Juan Córdoba Roda, Bosch, 1977; “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, Winfried Hassemer, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 18, 1982; “Culpabilidad, Legitimación y Proceso”, Mercedes García Arán, *ADCP*, t. XLI, fasc. I, enero-abril, 1988. “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, Santiago Mir Puig, en *El Poder Penal del Estado*, Homenaje a Hilde Kaufmann, Depalma, 1982; en el mismo libro homenaje, “Consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales sobre la Culpabilidad”, Moisés Moreno Hernández; “La Culpabilidad”, Edgardo Alberto Donna; “Hacia una dogmática penal sin culpabilidad”, Juan Fernández Carrasquilla, *Nuevo Foro Penal*, año IV, N° 16, 1982; “El Concepto individual de culpabilidad”, Angel Torío López, *ADCP*, t. XXXVIII,

fasc. II, 1985; “El principio de culpabilidad”, Günther Jakobs, *ADCP*, t. XLV, fasc. III, 1992; “La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo”, Bernd Schünemann, en *El sistema moderno del Derecho Penal*, edición española, 1991; en la misma obra, “Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad”, por Hans Achenbach; “El proceso hacia la reconstrucción dogmática de la culpabilidad”, Gonzalo D. Fernández, en *De las penas*, Libro Homenaje al Prof. Isidoro de Benedetti, 1997; del mismo Gonzalo D. Fernández, “Culpabilidad y Teoría del Delito”, 1995; *Culpabilidad y Pena*, Arturo Villarreal Palos, 1994; “La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos”, Edgardo A. Donna, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, 75 aniversario del Código Penal argentino, Ad-Hoc, 1997; “La culpabilidad y la pena en la actual doctrina penal”, Carlos Creus, en la misma publicación antes citada; “Pena y culpabilidad en el Código Penal argentino”, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, en la misma publicación antes citada; “Culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995”, Diego-Manuel Luzón Peña, en la misma publicación recién citada; “El delito como acción culpable”, José Cerezo Mir, *ADCP*, t. XLIX, fasc. I, enero-abril, 1996; del mismo autor, “El concepto material de culpabilidad”, *Criminalia*, año LXIII, N° 2, mayo-agosto, 1997; “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, Manuel de Rivacoba y Rivacoba en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, Edeval, 1975; *Revista de Ciencias Penales*, Chile, Seminario sobre Culpabilidad y Pena, 3ª época, enero-abril de 1973, N° 1, t. XXXII; “La culpabilidad como fundamento y medida de la pena”, Alfredo Etcheberry; “La culpabilidad como criterio limitativo de la pena”, Claus Roxin; “La culpabilidad como criterio regulador de la pena”, Enrique Gimbernát Ordeig; “Pena y culpabilidad”, Helenio Claudio Frago; “Acerca de la personalidad y la culpabilidad en la medida de la pena”, Enrique Bacigalupo; “El principio de la retribución y algunos aportes de la antropología”, Manuel Guzmán Vial; “Contribución al estudio de la pena”, Enrique Cury; “El tratamiento de los semiimputables”, José Cerezo Mir (el número incluye otros temas, a cargo de los profesores Wolfgang Schöne, Francisco Grisolia, Jaime Náquira, Jaime Vivanco, Carlos Künsemüller); Felipe de la Fuente, “Culpabilidad, pena y libertad”, *R.D.U.C.V.*, XV, 1993-

1994, págs. 231 y ss.; Luis Rodríguez Collao y Felipe de la Fuente Hulaud, "El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980", *R.D.U.C.V.*, 13, 1989-1990.

Para la bibliografía alemana, consultar de preferencia Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 2ª edición, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1976; Hans Heinrich Jescheck, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Dritte Auflage, 1978; Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 1992 (hay traducción española de las dos últimas obras). Sin perjuicio de las contribuciones ya citadas de Schünemann, Stratenwerth, Jakobs y muchos otros.

8. El debate actual se sitúa muy por encima de una mera controversia entre posiciones antagónicas –mantenimiento vs. exclusión o sustitución de la culpabilidad– en la base de lo punitivo. Se denuncia una real crisis de legitimación del Derecho Penal, un discurso jurídico-penal que es irracional, por incoherente y falso,⁸⁶ que extiende un manto de "descreimiento" sobre la dogmática entendida como tarea en sí misma.⁸⁷ Esta crisis afecta sin duda –y muy sensiblemente– a la culpabilidad, como elemento central en la teoría del delito y en la fundamentación y medición de la pena y, por ende, al principio que la declara y proyecta como garantía esencial, "en el más alto rango", en su doble función de amparo a los derechos individuales y límite a la función del poder penal estatal. La crisis por todos denunciada se caracteriza claramente –al decir de Mercedes García Arán– por una abierta desconfianza hacia todos los conceptos generalizadores que servían para legitimar la intervención penal; si, como indicó Roxin, la Exposición de Motivos del proyecto alemán de 1962 planteaba el concepto de culpabilidad como una "cuestión de fe", quedan pocas dudas acerca de que la fe se ha perdido en gran parte, no siendo esta pérdida de fe un fenómeno exclusivo de la teorización penal, la crisis de los conceptos penales clásicos es inseparable de la crisis de legitimación de un determinado modelo de Estado, el capitalismo tardío.⁸⁸

⁸⁶ ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, 2ª edición, 1993, págs. 4 y ss.

⁸⁷ FERNÁNDEZ, op. cit., 83).

⁸⁸ GARCÍA ARÁN, "Culpabilidad, Legitimación y Proceso", *ADPCP*, t. XLI, fasc. I, enero-abril 1988, págs. 71 y ss.

Stratenwerth ha planteado si tiene futuro el principio jurídico-penal de culpabilidad y ha respondido la interrogante, señalando que no le puede augurar (al principio) otro futuro que el de ser superado en un tiempo más o menos corto a través de otros principios referentes al tratamiento del comportamiento desviado.⁸⁹ Hassemer alude al “bombardeo” de que es objeto actualmente dicho postulado, al que se considera hoy día como sospechoso de mala metafísica, como signo de un Derecho Penal autoritario que desvía la corresponsabilidad de la sociedad en el delito hacia el individuo, en quien se manifiesta la maldad general, y como obstáculo en el camino hacia un Derecho Penal humanitario que no ate al autor de un delito con su culpabilidad, sino que le señale soluciones.⁹⁰ Schünemann, por su parte, destaca el sorprendente fenómeno de que el principio culpabilístico, después de haber necesitado de siglos para su plena y total realización y aceptación como principio fundamental en el más alto grado, en muy poco tiempo vuelve a abandonarse y estimarse superfluo e incluso nocivo.⁹¹

9. Atendido el nuevo escenario que se ha erigido para la discusión dogmática y político-criminal –que atañe a los fundamentos ideológicos del sistema, a su coherencia interna, fines y operatividad social– es pertinente recordar aquí –aunque sólo muy brevemente– los “modelos de respuesta” que han surgido frente a la crisis de legitimación penal, entre los cuales destaca como modelo “radical”, la tesis abolicionista, que propugna una política de supresión total del orden penal, junto con la institucionalización simultánea de mecanismos no punitivos tendientes a la autocomposición del conflicto; se reivindica la vía de conciliación entre autor y víctima, optando por las instancias de “mediación”, que se consideran más apropiadas y de mayor efectividad práctica –en cuanto estrategia político-criminal– para encontrar solución a las expresiones delictivas de los conflictos

⁸⁹ STRATENWERTH, op. cit., 50).

⁹⁰ HASSEMER, “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, *CPC*, 1982, págs. 473 y ss.

⁹¹ SCHÜNEMANN, op. cit., 85).

sociales.⁹² En la época más reciente, Hochheimer adhiere –a través del pensamiento que citamos– a la exigencia formulada por Reinwald y Forel, de suprimir el Derecho Penal: “Una sociedad ‘punitiva’ ha de ser considerada un anacronismo, pues con sus irracionalismos excluye el progreso humanitario”.⁹³ La postura de Louk Hulsman, forma parte del cuadro confrontacional general y es conocida su caracterización del sistema penal como “una vía artificial e inútil”. Propone la ruptura del sistema penal, esto es, el vínculo especial que une entre sí –de modo incontrastado e irresponsable, con desprecio de las personas directamente implicadas, a partir de una ideología de otra época y apoyándose sobre un falso consenso– a los órganos de una máquina ciega, cuyo objeto mismo consiste en la producción de sufrimiento estéril. En su lugar, propone apreciar los conflictos con un enfoque “civil”, que siempre es capaz de brindar una perspectiva mejor, cualquiera que sea la índole del conflicto.⁹⁴ Otras vertientes de la tendencia abolicionista están representadas por Michael Foucault, Thomas Mathiesen y Nils Christie.

Recientemente en la revista del Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais, “Boletim IBC Crim” (Nº 59, octubre 1997) Beatriz Risso y Carmen Silvia de Moraes, Procuradoras del Estado de Sao Paulo, se refieren al abolicionismo en un breve artículo. Hacen presente que en una primera visión puede pensarse que el abolicionismo nos convoca para destruir la propia sociedad jurídicamente organizada, pero esto constituye un total equívoco. El abolicionismo postula precisamente lo contrario. Parte de la ya antigua constatación de falencia de nuestro sistema penal y de su confrontación con una sociedad contemporánea nada armónica, para decir que necesitamos recrear nuestras verdades. Precisamos de nuevas ideas para pacificar nuestros conflictos sociales y para lograrlo es preciso desmitificar los viejos dogmas y enfrentar, sin ilusiones, el hecho de que el esquema punitivo en que vivimos no proporciona ninguna especie de

⁹² HULSMAN, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, 1984; autores varios, *Abolicionismo Penal*, 1989; “En torno a la mediación como camino alternativo al sistema penal”, *RFDUC*, Nº 11, pág. 129.

⁹³ HOCHHEIMER, “Zur Psychologie der strafenden Gestalt”, en *Kritische Justiz*, 1969, pág. 41.

⁹⁴ HULSMAN, op. cit., 92).

paz social. El abolicionismo es perturbador porque nos destruye la fantasía de que el mundo está dividido entre los buenos (nosotros) y los malos (ellos). Nos sitúa frente a frente de una responsabilidad social que debemos satisfacer y que fingimos cumplir con cada sentencia condenatoria pronunciada y ejecutada. En resumen, nos deja sin el chivo expiatorio que personifica al “enemigo”.

Escapa a los fines de este trabajo un examen profundo del movimiento aludido, que ya ha sido objeto de acabados estudios, pero nos parece útil recordar algunas de las reservas que han formulado pensadores tan importantes en el “ámbito crítico” como Luigi Ferrajoli y Massimo Pavarini. El primero reconoce como señas de identidad del actual abolicionismo penal, un moralismo utópico y la nostalgia regresiva de modelos arcaicos y “tradicionales” de comunidad sin derecho. Abolicionistas como Louk Hulsman, Henry Bianchi y Nils Christie –añade Ferrajoli– proponen de nuevo las mismas tesis del abolicionismo anarquista decimonónico, oscilando en la prefiguración de las alternativas al Derecho Penal, que es de por sí una técnica de reglamentación y delimitación de la violencia punitiva, entre improbables proyectos de microcosmos sociales basados en la solidaridad y en la fraternidad, vagos objetivos de “reapropiación social” de los conflictos entre ofensores y partes ofendidas y métodos primitivos de composición patrimonial de las ofensas que recuerdan las antiguas formas del precio de la sangre. Con el agravante, respecto al abolicionismo clásico, de una mayor incoherencia entre *pars destruens* y *pars construens* del proyecto propugnado y de una más imperdonable despreocupación por las tristes experiencias, incluso contemporáneas, de crisis y obsolescencia del Derecho Penal.⁹⁵ Pavarini destaca la incapacidad del abolicionismo para presentar una respuesta precisa frente a problemas tan complejos como el terrorismo, por ejemplo.⁹⁶

Resulta también de gran interés el acabado estudio de Sebastián Scherer, del Instituto de Sociología de la Universidad de Frankfurt, sobre “La abolición del sistema penal: una pers-

⁹⁵ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 1998, pág. 251.

⁹⁶ PAVARINI, cit. por Creus, op. cit.; infra, Cap. III.

pectiva en la criminología contemporánea".⁹⁷ Su análisis parte de la base de dos interrogantes problemáticas: ¿tiene algún futuro el sistema penal? y ¿tiene algún futuro la perspectiva de abolir el sistema penal?, relacionadas con el presupuesto esencial de que el sistema penal constituye en sí mismo un problema social y caracteriza al abolicionismo por no constituir una teoría, ni un paradigma, ni una explicación sobre el origen del delito o del control social. Lo aprecia como una toma de posición específica sobre los problemas del control social, la cual incluye conjuntamente fundamentos teóricos de desafío a lo existente y estrategias políticas alternativas. El abolicionismo, según diversas interpretaciones de sus fines y de los límites dentro de los cuales se mueve, puede ser considerado como una perspectiva científica específica (de la cual pueden ser deducidos distintos enfoques metodológicos) o como un movimiento social con particulares objetivos tácticos y estratégicos. Por no parecer viable en la hora actual, objeta María Dolores Fernández la propuesta abolicionista. Sólo de utópica merece ser calificada –opina la académica española– la posibilidad de prescindir de ese instrumento de control social formalizado para la prevención y represión de ataques más intolerables a los bienes jurídicos, que hace posible la pacífica convivencia ciudadana. Esta utopía puede ser peligrosa y profundamente regresiva, aun cuando desde determinados sectores se la haya presentado como una opción progresiva.

Trayendo a colación la muy repetida frase de Hassemer, "quien pretende abolir el Derecho Penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú", denuncia la Dra. Fernández el peligro que obviamente se corre, de sustituir al ordenamiento penal por algún otro sistema que –incluso– sea todavía peor, entre otras cosas, por significar menos garantías para los ciudadanos, al carecer de la formalización que hoy informa todo el Derecho Penal. Tales garantías fundamentales han sido descritas por el mismo Hassemer: a) la precisión pública y por escrito, preexistente a la infracción cometida, de la conducta desviada, de la sanción amenazada, de la forma en que se im-

⁹⁷ SCHERER, *RDPC*, vol. VIII, N° 26, 1985, págs. 203 y ss.

pondrá, de la autoridad competente para imponerla y las garantías y/o los recursos que se conceden; b) establecimiento de un escenario en el que el acusado tiene la oportunidad de defenderse e intervenir, de repetir el discurso y de controlar si se respetan las normas establecidas para ello; c) ubicación del control social en un plano en el que, lejos del odio y de la carga emocional que a veces despierta el comportamiento desviado, dominen el distanciamiento, la tranquilidad y el equilibrio.⁹⁸

Entre los autores nacionales, Enrique Cury adhiere a la idea de que difícilmente puede aspirarse a algo mejor para la humanización de la sociedad y su organización pluralista que la exclusión de la represión penal. Pero esto no es bastante para suprimir los conflictos y los abolicionistas lo saben muy bien. Ellos aspiran a resolverlos de una manera distinta, de la cual esperan que sea más humana, más individualizadora y más conciliadora, pero, más allá de algunas orientaciones vagas, ninguno ha precisado cuáles serían los procedimientos indicados para enfrentar hechos tales como una violación, un homicidio doloso o unas lesiones corporales graves.

Es posible que para cierta clase de delitos sea suficiente con echar mano de recursos civiles restitutorios o indemnizatorios, pero es altamente dudoso que esos instrumentos sean también idóneos para encarar genocidios, asesinatos, accesos carnales violentos, prevaricaciones y otras infracciones igualmente graves. En tales casos cabe preguntarse no sólo ¿qué se hará?, sino, por sobre todo, ¿cómo se hará? Es preciso recordar, apunta el catedrático chileno, que la mayoría de esas instituciones impersonales y burocráticas repudiadas por los abolicionistas están concebidas, pese a todo, para cautelar hasta donde es posible los derechos del imputado. Es probable que no funcionen de manera muy eficiente, mas, hasta tanto no se proponga sustituirlas por algo concreto y mejor, hay motivos para temer –siguiendo a Hassemer– que lo que en el sistema de control social viniera a ocupar el sitio del Derecho Penal sería quizás algo peor que el Derecho Penal mismo.⁹⁹

⁹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, op. cit., 29).

⁹⁹ CURY, "Derecho Penal, Criminología y Política Criminal", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, 1988, 3, pág. 8.

No cabe duda de que hasta ahora se mantiene un consenso mayoritario en torno a la imposibilidad de prescindir en el estadio contemporáneo del desarrollo de nuestra cultura, del Derecho Penal, cuya arma, cuyo instrumento, la pena, ha sido definida como "una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como los hombres"; la renuncia al sistema penal fue identificada por Maurach, con la renuncia a la propia existencia de la sociedad¹⁰⁰ y no sólo se la desestima, por utópica, en el actual momento histórico, sino que tampoco se la vislumbra como posible en un futuro inmediato.¹⁰¹

10. En el Capítulo Tercero volveremos con mayores detalles sobre el fenómeno de la "crisis", que en realidad no recae propiamente sobre el principio mismo (de culpabilidad), en cuanto proclama garantista y protectora de los derechos individuales frente al poder penal estatal, sino que afecta más bien al concepto material de la culpabilidad penal, y aún más precisamente, a una determinada forma de concebirla y entenderla. Francisco Muñoz Conde, después de señalar que no se trata de buscar nuevas categorías como, por ejemplo, "la responsabilidad" (aludiendo a Roxin), para suplir o tapar las deficiencias y aporías que presenta el viejo concepto de culpabilidad, concluye que "Es el concepto mismo de culpabilidad el que hay que redefinir y dotar de un nuevo contenido para que pueda cumplir, sin contradicciones, ficciones o forzamientos de ningún tipo, la función de fundamento y límite (en la medida en que sea una categoría de la teoría del delito) del poder punitivo del Estado".¹⁰²

Empero, la denominada "crisis" rebasa las fronteras del debate culpabilístico y es vista como un fenómeno muy complejo, global y gradual, que ha deslegitimado desde su interior al discurso jurídico-penal y, por ende, a los basamentos y justificaciones del sistema que en él se apoya. Como lo explica Gonzalo

¹⁰⁰ MAURACH, *Tratado*, 1962, I, 6, I, A, pág. 63.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, "Hacia una dogmática penal sin culpabilidad", *NFP*, año IV, 1982, N° 16, págs. 954 y ss.

¹⁰² MUÑOZ CONDE, *Introducción a Roxin, Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, pág. 26.

Fernández, “Entre culpabilidad y pena se sitúa el epicentro de una crisis científica de mayores dimensiones, cuya onda expansiva involucra a buena parte del discurso penal”.¹⁰³

11. Los esfuerzos de los penalistas europeos por presentar propuestas para la construcción de una normativa común –en relación a las perspectivas de unificación del Derecho Penal en la Unión Europea– han incluido al “principio de culpabilidad y sus plasmaciones”. Al respecto, Luis Arroyo Zapatero, después de señalar que “cuanto más avanzan los procesos de unificación –y la instauración del euro es capital– el estancamiento del orden penal y sancionador representa más un retroceso que un retraso”, propone que los penalistas hagan un esfuerzo que no puede ser sólo teórico, sino también político-criminal, lo que implica que deben construir una estrategia y elegir una táctica.¹⁰⁴ Tal esfuerzo lo vincula estrechamente el autor con la circunstancia real e inobjetable de que “En el ámbito de nuestros países de común cultura jurídica se reconoce en general la vigencia del llamado principio de culpabilidad”. En su esencia original –recuerda el comentarista– el principio proclama la responsabilidad personal, frente a la colectiva, y la proscripción de la responsabilidad objetiva, mediante la exigencia de dolo o imprudencia en el comportamiento del autor. También se ha venido extendiendo el principio de culpabilidad como exigencia de una pena justa, proporcionada a la culpabilidad personal del autor frente al delito, frente a penas excesivas, desproporcionadas respecto de la gravedad del hecho y/o del reproche moral que el autor del mismo merece. Con el tiempo –indica el autor– el principio general se ha venido enriqueciendo en sus plasmaciones político-criminales y en su sentido dogmático en el esquema argumental de la teoría del delito. El catálogo de plasmaciones del principio de culpabilidad en sentido amplio es de gran contenido. Las que el catedrático estima más relevantes a los efectos de una regulación común europea del Derecho Penal

¹⁰³ FERNÁNDEZ, *Culpabilidad y Teoría del Delito*, 1995, pág. 16.

¹⁰⁴ ARROYO ZAPATERO, “El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea”, *RP*, 3, enero 1999, pág. 5.

económico, son: a) la exclusión de la responsabilidad objetiva y la correlativa exigencia de dolo o imprudencia; b) la exigencia de admisión de consecuencias exonerantes o atenuantes de la pena en los diversos supuestos de error y c) las consecuencias procesales de la exclusión de responsabilidad objetiva.¹⁰⁵ La propuesta de Arroyo Zapatero, que hemos transcrito en parte, se inscribe en un tema más general, cual es "Perspectivas de Unificación del Derecho Penal en la Unión Europea", al amparo del cual se celebraron el 17 y 18 de septiembre de 1998 unas jornadas académicas en la Universidad Castilla-La Mancha, bajo la dirección de los académicos hispanos Luis Arroyo Zapatero y Gonzalo Quintero Olivares, evento en el cual especialistas de distintos países europeos abordaron uno de los temas más difíciles que deben enfrentar el Derecho Penal y la política criminal, requeridos por las severas e insoslayables exigencias del Derecho Comunitario.¹⁰⁶ Ello es la mejor evidencia de que la problemática –históricamente ardua– sobre el concepto de culpabilidad y el principio construido sobre su base, sigue estando plenamente vigente, de manera que la "crisis", por tantos autores denunciada, es una situación muy compleja ligada, más allá del debate en torno a las concepciones retribucionistas y preventistas, a la esencia misma del Derecho Penal y su instrumento propio, la pena, como reguladores –irrenunciables– de la pacífica convivencia social.

Es cierto que la culpabilidad no es la única forma posible de protección de la dignidad humana (están las reacciones de política criminal independientes de la culpabilidad) –apunta Jorge De Figueiredo Dias– pero está fuera de duda que es la forma más perfecta y convincente y la mejor garantía que hasta hoy ha descubierto el pensamiento penal. Muy categórica y ple-

¹⁰⁵ ARROYO ZAPATERO, "El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea", *RP*, 3, enero 1999, pág. 5.

¹⁰⁶ Cfr. *Revista Penal*, 3, 1999: "Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Unión Europea: Reflexiones a propósito del Corpus Iuris", FERMÍN MORALES PRATS, págs. 29 y ss.; "La legalidad penal en la Europa de Amsterdam", FRANCESCO PALAZZO, págs. 36 y ss.; "La unificación de la justicia penal en Europa", GONZALO QUINTERO OLIVARES, págs. 51 y ss.; "Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo", KLAUS TIEDEMANN, págs. 76 y ss.

na de significado la siguiente afirmación del autor portugués: “Por eso veo en el principio de culpabilidad, una cultura legítima y un principio de humanidad; y por este motivo, me es imposible encontrar un alternativa al Derecho Penal de la culpabilidad”.¹⁰⁷ Ya lo proclamó Welzel hace más de treinta años: La partición del delito en los tres elementos de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad constituye “el más importante progreso dogmático de las últimas dos o tres eras de la humanidad”.¹⁰⁸

¹⁰⁷ DE FIGUEIREDO DIAS, “Resultados y problemas en la construcción de un sistema de Derecho Penal funcional y racionalmente final”, en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*, 1995, págs. 447 y ss.

¹⁰⁸ WELZEL, *JuS*, 1966, págs. 424 y ss.

CAPITULO SEGUNDO

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD
Y CULPABILIDAD PENAL

1. Ha sido opinión dominante a lo largo de más de una centuria, la que establece un estrecho vínculo, una relación íntima e inescindible entre principio de culpabilidad y culpabilidad penal.

Ello ha significado considerar al postulado “nulla poena sine culpa”, como inherente a una determinada noción de Derecho Penal (Derecho Penal culpabilístico) y referido a la culpabilidad, como su contenido, en tanto y en cuanto ella es un elemento constitutivo del concepto complejo de delito y la categoría jurídica que hace posible –que fundamenta– la imposición de una pena y limita su medida.

Lo que el principio declara y asegura, aquello que conforma su contenido, es la función específica –o las funciones específicas– asignada(s) por y en la dogmática penal a la categoría jurídica de culpabilidad por el hecho injusto, función cuyo sentido y alcance están subordinados –como lo evidencia el desarrollo histórico– a un determinado concepto material de culpabilidad y, por ende, a un Derecho Penal que reconoce y postula ese elemento rector. En otros términos, lo que a través del principio se quiere regular, en cuanto garantiza la exigencia de culpabilidad como base y límite de algo posterior, es “el sí y el cómo de la pena”.¹⁰⁹ Para completar el cuadro de objetivos a fijar y roles a cumplir, debería añadirse en este contexto, “el cuánto” de la pena, la magnitud de ella, cuya determinación también se ha

¹⁰⁹ SCHÜNEMANN, *supra*, 85).

asignado –como función esencial– a la culpabilidad (parágrafo 46, Código Penal alemán). Este último aspecto es particularmente controvertido, sosteniéndose por numerosos autores que debe regir aquí –solamente– el principio de proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito. La cuantía de la gravedad del mal que debe servir de base para la graduación de la pena no puede estar determinada por la culpabilidad, sino por la gravedad del hecho antijurídico del cual se culpa al sujeto.¹¹⁰

La primera cuestión de índole conceptual, en relación con el principio de culpabilidad dice relación, según la interpretación dominante, con la concepción misma de culpabilidad, de su contenido y significado. En este razonamiento destaca nítidamente la estrecha vinculación de que hablamos, como lo advertimos más adelante; en otras palabras, “el continente” proyecta lo que “el contenido” es o significa.

Entonces, la divisa “nullum crimen nulla poena sine culpa” representa una garantía propia del Derecho Penal “liberal” –perteneciente a él– y sus consecuencias políticas y jurídicas –que implican serias limitaciones al poder punitivo estatal– se proyectan al ámbito de ese ordenamiento legal. “Se trata –puntualiza Gonzalo Fernández– de un principio indiscutido, de eminente vocación garantista, que refleja un presupuesto antropológico en el seno del derecho penal, una determinada imagen del hombre como sujeto autónomo, digno y de naturaleza racional, que tiene incluso asiento constitucional.”¹¹¹

La pertenencia aludida se pone de manifiesto en numerosos enfoques y aseveraciones de la doctrina penal que, con mayor o menor énfasis, destacan el estrecho nexo entre principio de culpabilidad y culpabilidad penal.

A. La ponencia de la Comisión Chilena al Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica (Parte General), versa sobre el tema “Culpabilidad”.

¹¹⁰ Cfr. ELLSCHEID y HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf*, 1970; Callies, *Theorie del Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, pág. 187.

¹¹¹ FERNÁNDEZ, op. cit., 103).

En el texto respectivo se indica que “La comisión tuvo un principio cardinal en esta materia, la regla de que no hay pena sin culpa. Este principio sirve de portada al articulado sobre culpabilidad, excluyendo así desde un comienzo la existencia de formas delictivas que se apartan de aquella regla, como los delitos calificados por el resultado y las situaciones vinculadas al *versari in re ilícita*, lo que se reafirma en el artículo final”.¹¹²

El artículo propuesto y que después fue aprobado –con sólo una pequeña modificación, que sustituyó el vocablo “castigado” por “penado”– reza: “Nadie puede ser castigado por un hecho legalmente descrito si no lo ha realizado con dolo, salvo los casos de realización por culpa expresamente previstos por la ley”. “Este artículo –especificó la Comisión– consagra el principio ‘no hay pena sin culpa’.”

B. El profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, en su relación sobre “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, presentada a las Jornadas Internacionales con motivo del centenario de nuestro Código Penal, expone:

“Con todo, una formulación adecuada del principio no era posible hasta la aparición de la filosofía de los valores y su aplicación o repercusión en esta materia, dando lugar a la concepción normativa de la culpabilidad, o quizás fuera más exacto decir, en plural, las concepciones normativas de la culpabilidad”. Líneas más adelante, observa que: “En su formulación más depurada y exigente, el principio de culpabilidad ha de entenderse, pues, en cuanto al delito, como demandando, no sólo que haya de darse en él la culpabilidad, ya que esto también ocurre de alguna manera en los delitos calificados por el resultado y en el propio *versari in re ilícita*, situaciones tenidas, sin embargo, unánimemente y con razón, por violaciones flagrantes de tal principio, sino, lo que es mucho más, que de ningún resultado de aquél se podrá responsabilizar criminalmente a su autor si dicho resultado no está comprendido a lo menos por la más leve de las formas o especies, o de las subfor-

¹¹² Código Penal Tipo para Latinoamérica, Parte General, t. I, P/Ch 024.

mas o subespecies, de la culpabilidad; y en cuanto a la pena, como demandando, no ya sólo que, para que pueda imponerse, haya de existir la culpabilidad, lo cual no pasaría de ser un requerimiento muy elemental e imperfecto de la misma, sino que aquélla represente el reproche exacto de ésta, no aplicándose más que en la medida y extensión a que ella alcance, por supuesto, dentro de los límites de la pena abstracta o amenaza penal con que se encuentre legalmente conminado el correspondiente tipo de lo injusto”.¹¹³

C. M. Cobo del Rosal y T. S. Vives Antón, inmediatamente a continuación del título “El principio de culpabilidad”, definen la culpabilidad como reproche personal y señalan que la esencia de ella radica en la reprochabilidad. A renglón seguido, establecen que la esencia de dicho principio puede formularse en estas dos proposiciones: “no hay pena sin culpabilidad” y “la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad”. Por último –en lo que interesa a esta exposición– expresan su convencimiento de que afirmar la culpabilidad como “principio básico del Derecho Penal” representa una actitud llena de consecuencias materiales, que representan garantías protectoras del individuo frente al poder del Estado”.¹¹⁴

D. Al ocuparse de los “límites substanciales o materiales que la potestad punitiva no puede traspasar”, Quintero Olivares se refiere, entre otros, a “la culpabilidad como concepto dogmático y como principio político-criminal”, desprendiéndose de las afirmaciones que a continuación transcribimos, la identificación entre el principio y su contenido, la culpabilidad.

“El principio de culpabilidad es considerado actualmente por la doctrina penal mayoritaria en Europa, rector y límite de cualquier política criminal”.

“[...] el principio de culpabilidad se sitúa en el primer plano de la polémica doctrinal y político-criminal de nuestro tiempo. La razón es fácil de comprender: el concepto de culpabilidad está sometido a la más intensa crítica doctrinal siendo cada vez

¹¹³ MANUEL DE RIVACOBIA y RIVACOBIA, *supra*, 70).

¹¹⁴ M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, I-II, U. de Valencia, 1982, pág. 26.

menor el número de defensores que el mismo tiene, entendido en su ‘pureza originaria’, es decir, como ‘reproche que se hace al autor por haber decidido, en uso de su libre albedrío, optar por el mal cuando podía y sabía cuál era el bien e inclinarse por él.’¹¹⁵

E. “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, se titula un ensayo de Santiago Mir Puig, enunciado éste bajo el cual el autor hispano se ocupa de la evolución que ha sufrido el concepto de culpabilidad en la teoría penal, indicando que las diversas connotaciones que han intervenido en la interpretación de ese concepto (p. ej., las “metafísicas y moralizantes”), han provocado, entre otros efectos negativos un debilitamiento de la capacidad del principio de culpabilidad de fijar un límite racional al poder punitivo del Estado.¹¹⁶

F. En su ponencia sobre “La culpabilidad como fundamento y medida de la pena”, presentada al coloquio internacional celebrado en Santiago de Chile entre el 4 y 12 de abril de 1973, el profesor Alfredo Etcheberry introduce a su tesis en la siguiente forma:

“La culpabilidad es aquella característica del delito que pretende expresar más directamente la común naturaleza normativa de la ética y del derecho, particularmente del derecho penal. El principio ‘no hay pena sin culpa’ (que quizás debería expresarse más propiamente como ‘no hay pena sin culpabilidad’) es un principio angular en cuanto intenta formular una autolimitación ética que la sociedad se impone respecto de los miembros que castiga. Entendido como una exigencia mínima de la cual no es lícito prescindir, dicho principio es una conquista durable del pensamiento liberal”. Con respecto a la pretensión de transformar a la culpabilidad en el único fundamento del derecho de castigar y además en el solo elemento mensurador de la naturaleza y magnitud del castigo, manifiesta la insuficiencia de este postulado en cuanto a que el mismo no traduce ni la situación legislativa actual, ni la evolución histórica del derecho y la práctica penales.¹¹⁷

¹¹⁵ QUINTERO OLIVARES, op. cit., 5).

¹¹⁶ MIR PUIG, op. cit., 4).

¹¹⁷ ETCHEBERRY, “La culpabilidad como fundamento y medida de la pena”, *RCP*, tercera época, enero-abril 1973, N° 1, t. XXXII, págs. 5 y ss.

G. El catedrático Enrique Bacigalupo, en su ensayo –ya citado en el Capítulo Primero– titulado “¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?”, concluye, después de un análisis decantador de esas consecuencias, que “En términos generales puede decirse entonces, que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido”.¹¹⁸ En la obra *Principios de Derecho Penal, Parte General*, bajo el título ‘El principio de culpabilidad’, sostiene que los fundamentos del principio de culpabilidad son el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona (art. 10.1., CE). “Su jerarquía constitucional deriva de esta vinculación con las bases del orden político español y ha sido categóricamente reconocido en la STC 150/91, en la cual, sin embargo, no se ha establecido claramente de dónde surge tal reconocimiento”. Con directa referencia a la culpabilidad, añade que “El principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente de la misma. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona”.

En cuanto a la incidencia del principio de culpabilidad en el sistema de responsabilidad penal ella es doble ya que, por un lado, condiciona el sí de la pena y por el otro, el cuánto de la misma, “Dicho con otras palabras: sólo es punible el autor, si ha obrado culpablemente; la gravedad de la pena que se le aplique debe ser equivalente a su culpabilidad.”¹¹⁹

¹¹⁸ BACIGALUPO, op. cit., 23).

¹¹⁹ BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 1997, págs. 108 y ss.

H. Bajo el título *Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad*, Claus Roxin estudia el papel desempeñado por el concepto de culpabilidad en el Derecho Penal, refiriéndose, específicamente, a la función limitadora de la pena que tiene el principio, con motivo de las funciones de la culpabilidad.¹²⁰

I. El profesor José Cerezo Mir aborda un estudio sobre la materia, afirmando que “El principio de culpabilidad, con arreglo al cual la culpabilidad constituye el fundamento y límite de la pena...”, destacando clara y notoriamente la identificación del principio con la función de la culpabilidad.¹²¹

J. En sus reflexiones sobre el futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad, Stratenwerth alude a los movimientos y tendencias que se dirigen a eliminar la protección dominante del principio de culpabilidad “entendido en el sentido tradicional de poder obrar de otra manera, es decir, como un reproche moral”.¹²² Puede advertirse aquí la referencia a una identificación del principio con la culpabilidad –en cuanto categoría penal– en el sentido del concepto que le atribuye una determinada concepción dogmática.

K. “Y no es casual que haya resurgido con energía el principio de culpabilidad en la dogmática moderna –apunta Gonzalo Fernández– al cual se le adjudica la misión de reivindicar el papel que juega la culpabilidad por el hecho en la determinación de la pena, aportando un límite infranqueable para graduar la sanción”.¹²³

L. En el proyecto sobre “declaración de principios”, que elaboramos para la Comisión (de profesores) Redactora de un proyecto de nuevo Código Penal chileno, el principio de culpabilidad aparece consagrado en los puntos 4 y 5 –que reproducimos en el Capítulo Primero– que, en lo esencial, requieren, como garantías fundamentales, el dolo o la culpa y la reprochabilidad

¹²⁰ ROXIN, en *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, págs. 41 y ss.

¹²¹ CEREZO MIR, *Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, 1982, págs. 179 y ss.

¹²² STRATENWERTH, op. cit., 50).

¹²³ FERNÁNDEZ, op. cit., 103).

del comportamiento antijurídico pasible de sanción y la consideración de la culpabilidad personal del hechor para la graduación de la pena.¹²⁴

2. El criterio dogmático y político-criminal minoritario (hasta hoy día), está representado por las posiciones que reclaman la supresión de la culpabilidad como presupuesto fundante de la pena, por ser una exigencia irracional, cuyo supuesto –la libertad de decisión– es inexistente, o, al menos, indemostrable en el caso concreto. Por ello, tampoco puede actuar de límite o medida de la sanción. Hacen notar que el descrédito de la culpabilidad se hace extensivo a la pena, al Derecho Penal y a la ciencia del Derecho Penal, por virtud del “efecto dominó”. Se produce así un “desmoronamiento en cadena”, que llevaría finalmente al derribo de la ciencia del Derecho Penal, la que siempre ha subrayado que la culpabilidad es presupuesto indispensable de la pena; la crisis de la idea de culpabilidad debería traer consigo la de la pena y sin pena no puede haber Derecho Penal y sin éste tampoco una ciencia penal en sentido tradicional. No obstante, niegan que el abandono de la culpabilidad acarree tales efectos devastadores, la crisis de la culpabilidad no tiene por qué llevar al “desmoronamiento” de la pena y del sistema penal, éste sobrevive perfectamente fundado en y limitado por las exigencias preventivas.¹²⁵ Mantienen, sin embargo, las garantías inherentes al principio culpabilístico, en cuanto entrañan limitaciones esenciales al poder penal.¹²⁶ Como indica Gonzalo Fernández, incluso los más acérrimos detractores del concepto de culpabilidad, que proponen lisa y llanamente su reemplazo por un criterio pragmático de mera necesidad o proporcionalidad de pena, defienden la vigencia a ultranza del principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*) como un principio normativo regulador y una regla imprescindible en el terreno de la dosimetría penal.¹²⁷

¹²⁴ Supra, Cap. Primero, 3, pág. 13.

¹²⁵ GIMBERNAT, op. cit., 56); cfr. JUAN CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, 1977, pág. 34; JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, “Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad”, en *Libro homenaje a J. Antón Oneca*, 1982, págs. 565 y ss.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ FERNÁNDEZ, op. cit., 103).

También debe mencionarse a quienes –como Juan Bustos y Hernán Hormazábal, por ejemplo– suprimen el principio de culpabilidad del catálogo de los límites del *ius puniendi*. En su concepto, las tres exigencias fundamentales, constituidas por la vinculación personal de dolo o culpa, la proporcionalidad de la pena y la culpabilidad por el hecho, no aparecen vinculadas, en el modelo que estos autores se proponen desarrollar, con la culpabilidad, sino con fundamentos distintos y, en consecuencia, tienen distinta sede. Así, la exigencia de una vinculación personal deriva del principio garantista material de exclusiva protección de bienes jurídicos en cuanto su afectación sólo puede derivarse de dolo o culpa y no del de culpabilidad, y, por lo tanto, será examinada en la teoría cuando se desarrolle en la teoría del delito el elemento tipicidad. La garantía de proporcionalidad ya ha sido vista en el principio de necesidad de la pena, y, en cuanto al tercer aspecto garantista, cuando se habla de acción culpable como presupuesto de la responsabilidad penal, se está haciendo referencia a un comportamiento que constituye un injusto penal y, por ende, para los autores, presupuesto de la exigencia de responsabilidad, y, por lo tanto, ajeno a la culpabilidad, las consideraciones precedentes llevan a Bustos y Hormazábal a excluir el principio de culpabilidad del elenco de principios limitadores del *ius puniendi*, dado que para ellos cada uno de sus componentes tiene distinta base o fundamento y, si se lo menciona en este capítulo, es simplemente por su carga y valor histórico.¹²⁸

3. Hemos estimado de conveniencia traer a colación los conceptos y enfoques reproducidos precedentemente, en mérito a la existencia de algunas objeciones doctrinarias que promueven ciertos autores, frente a la vinculación –más bien, identificación– que tradicionalmente se ha hecho del principio de culpabilidad con la culpabilidad penal, sin perjuicio, obviamente, de los criterios opuestos, que o bien la desechan frontalmente –a la culpabilidad– o proponen su reemplazo por otra noción, de inferior carga valorativa.

¹²⁸ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. I, 1997, págs. 69-70.

En nuestro país, el profesor Luis Cousiño Mac Iver se muestra contrario a esa identificación, vigente, según ha quedado demostrado, como posición dominante entre la abrumadora mayoría de los penalistas que se han ocupado de la cuestión, más allá de las concretas diferencias existentes a la hora de precisar la esencia del concepto de culpabilidad. El autor nacional postula, como ya se dio cuenta en el Capítulo Primero de esta obra, una pertenencia preeminente del principio de culpabilidad al Derecho Constitucional, negándole al Derecho Penal una propiedad exclusiva sobre dicho postulado. Este aserto se comprueba, dice el profesor Cousiño, con el concepto de culpabilidad que emplea el derecho constitucional, que no es el que utiliza la dogmática penal, referido exclusivamente a uno de los elementos del delito sino a una acepción ampliada del concepto común y lato del término, “de responsabilidad por el hecho delictuoso”. La expresión “culpabilidad”, de uso vulgar, encuentra amplio cobijo en la fórmula constitucional de “nulla poena sine culpa”. En cambio –argumenta– si el principio de culpabilidad se hubiera formulado por los iuspenalistas, como materia propia de la ciencia jurídico-punitiva, habría dicho que “nulla poena sine delictum”. Empero, como se trata de una cuestión de derecho constitucional, es correcto el apotegma latino que se ha hecho tradicional, previa la aclaración de que se trata de una culpabilidad en sentido amplísimo. En concordancia con sus observaciones críticas antes citadas, el profesor Cousiño objeta el punto de vista de autores como Jescheck, Roxin y Cerezo Mir, de darle al principio de culpabilidad un sentido equivocado, al vincularlo o identificarlo con la noción jurídico-penal de culpabilidad y sus elementos integradores, concepto que reconoce haber abrazado él mismo erróneamente. “Pensamos que están equivocados quienes piensan que el principio de culpabilidad es materia exclusiva del derecho penal y que, como tal, está referido a la culpabilidad en tanto y cuanto es un elemento del delito –error en el cual confesamos habernos encontrado nosotros mismos– puesto que tal interpretación restrictiva llevaría a olvidar que se trata de un principio de rango muchísimo mayor, que garantiza los derechos humanos. Por esta razón, omitimos la cita de autores en quienes se advierte esta restricción inadmisibles del principio de culpabilidad y se limitan a

recordarlo cuando tratan del ‘versari in re illicita’, de la preter-intención o de la calificación por el resultado (o responsabilidad objetiva).”¹²⁹ Es importante tener en consideración que para el profesor Cousiño, el elemento culpabilidad no completa el delito mismo, cuya estructura ya está cumplida con el hecho injusto, sino que forma parte de la “responsabilidad”.¹³⁰ Recordemos el planteamiento de Roxin, para quien la culpabilidad sólo debe operar como un elemento crucial –un límite– en la medición de la pena, mas no en su fundamentación, completamentándose con la “responsabilidad”.¹³¹

A un sentido “amplio” del concepto de culpabilidad se refiere también Santiago Mir Puig, en cuya opinión, esa forma amplia de interpretar el concepto se identifica con el sentido inicial u originario del término “culpabilidad”. En el ámbito de la teoría del delito, este término se utiliza en un sentido “estricto”, “restringido”, que diluye la capacidad del principio de culpabilidad de fijar un límite racional al poder punitivo del Estado. Esta concepción “estricta” reduce la culpabilidad a ser sólo un elemento o factor del concepto del delito, contrapuesto a la antijuridicidad. Con la sustitución de la relación psicológica por la reprochabilidad, “la culpabilidad dejó de ser la parte subjetiva del delito y se consolidó como juicio de reproche por haber actuado el sujeto antijurídicamente cuando podía haber actuado de otro modo”, lo que trajo como efecto una reducción de los presupuestos de la culpabilidad a la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento del injusto y la ausencia de causas de exculpación. Estima el autor que se produce así una progresiva restricción del sentido en que se utiliza el término “culpabilidad” en la teoría del delito, a la vez que va adoptando un significado metafísico y moralizante. Se aleja este uso de otros más amplios, como el que es corriente en el lenguaje ordinario y en otros contextos jurídicos, como la Constitución española y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el lenguaje ordinario y en el sentido amplio, “culpable” se utiliza como contrario a inocente, culpable de un hecho es simplemente aquel a quien pue-

¹²⁹ COUSIÑO, op. cit., 6).

¹³⁰ Idem.

¹³¹ ROXIN, op. cit., 120).

de “imputarse” viéndose en la culpabilidad sólo una “relación de atribución”. A través de la recuperación del sentido originario del término “culpabilidad”, como posibilidad de imputar un suceso negativo a un determinado sujeto –replantando su contenido–, piensa Mir Puig que es posible unificar bajo el principio de culpabilidad una serie de límites del derecho penal que hoy parecen inexcusables en un estado social y democrático de derecho. Entendida la culpabilidad como mera relación de atribución o imputación, el principio que se eleva sobre ella, reuniría, en su sentido más amplio, todas las exigencias que se desprenden de la necesidad de limitar la pena a los hechos atribuibles a un sujeto en un Estado social y democrático de Derecho.

El postulado garantista que se edifica sobre una culpabilidad concebida en sentido estricto (que supone el libre albedrío y la libertad de la voluntad) está impedido de cumplir la función que suele encomendársele de trazar una frontera con el poder punitivo. Con expresa referencia a Stratenwerth, postula que en el “sentido amplio”, la culpabilidad llega a identificarse con la total gravedad del delito imputable a su autor y sería, en consecuencia, “un principio rector de toda la dogmática de la Parte General”.¹³²

En su análisis de la evolución del concepto de culpabilidad, Zugaldía Espinar estima que la crisis del concepto tradicional de culpabilidad no implica que la idea de culpabilidad haya dejado de constituir una “categoría fundamental” del Derecho Penal (contradiciendo así a Muñoz Conde), sino que “lo que tiende a dejar de constituir tal categoría fundamental es sólo una determinada forma de entender la culpabilidad”. En su opinión, la idea de culpabilidad evoluciona en la actualidad hacia fines socialmente más aceptables que los que le estaban asignados, que a la vez sean racionalmente más verificables y, sobre todo, político –criminalmente más provechosos.

En este sentido, la dejación del principio tradicional de culpabilidad va acompañada de la búsqueda de un concepto de culpabilidad estrictamente jurídico, ajeno a la hipótesis no verificable de si el sujeto pudo actuar de modo distinto a como actuó, ajeno a toda idea de reproche moral, ajeno también a la

¹³² MIR PUIG, op. cit., 4).

idea de la pena retributiva y estructurado al margen de consideraciones de tipo preventivo. “Partiendo de estas bases, puede concebirse a la culpabilidad como el juicio normativo que permite afirmar la atribuibilidad, la normal pertenencia de la acción típica y antijurídica a su autor, así como poner de manifiesto los factores que han influido en la normal motivación de su conducta.” Este penalista distingue entre “el fundamento” de la pena, que lo constituye su necesidad para la lucha preventiva contra el fenómeno de la criminalidad (“el único fundamento de la pena es su necesidad”) y “el presupuesto” de la aplicación de la pena –lo que hace posible su imposición– configurado por la culpabilidad (que es al mismo tiempo el criterio limitativo de la medida de la pena) entendida como “atribuibilidad”. El principio de culpabilidad se limita a excluir la pena allí donde falte la culpabilidad, “esto es, constituye a la culpabilidad en presupuesto (no fundamento) de la pena”. Al mismo tiempo, y como consecuencia de ser presupuesto de la pena, la culpabilidad se convierte en límite de la facultad punitiva estatal. El autor reconoce la presencia de “un juego de palabras” en estas reflexiones, “en cuanto la culpabilidad limita la pena y constituye su presupuesto, más que fundamentar la pena, la culpabilidad hace posible su imposición”.¹³³

No cabe duda alguna de que la línea divisoria entre “fundamento” y “presupuesto” es mucho más que tenue o débil, podría sostenerse que es imperceptible, si se tiene en consideración que “fundamento” es la razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa y también significa “raíz y origen de una cosa”, y “presupuesto”, a su turno, es “motivo, causa o pretexto con que se ejecuta una cosa”. En el solo plano lingüístico, y sin entrar en mayores profundidades, no parece factible encontrar grandes diferencias de significado –como las que interesan en este tema– entre “presupuesto” y “fundamento” de la pena, vinculados estos conceptos a la culpabilidad penal. Hay buenas razones para la referencia –hecha honestamente por el propio autor– a un “juego de palabras”. Es oportuna, a este respecto, la cita de Albin Eser, quien identifica los conceptos “pre-

¹³³ ZUGALDÍA ESPINAR, op. cit., 125).

supuesto” y “fundamento” –como lo hacemos también nosotros– al señalar que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la pena y con ello constituye un fundamento de la misma.¹³⁴

Por su parte, Muñoz Conde, quien rechaza también el concepto tradicional de culpabilidad, dada la imposibilidad de demostrar si una persona determinada, en la situación concreta en que se hallaba podía o no actuar de otro modo, apunta que el concepto material de culpabilidad hay que deducirlo de la función de motivación de la norma. Desde el punto de vista material, la culpabilidad presupone la capacidad de motivación por la norma. No es la chance del sujeto para elegir entre varias formas de conducta lo importante, sino si pudo abstenerse de realizar la conducta prohibida por la norma. “Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena.” Tal capacidad de motivación requiere la participación del sujeto en los bienes jurídicos objeto de protección, la declaración de culpabilidad depende de que se haya establecido una relación previa entre la norma penal y el individuo.¹³⁵

4. Entendemos que el principio en cuestión, destacado mayoritariamente como uno de los postulados liminares de la doctrina jurídico-penal tradicional, fue concebido, nació y alcanzó mayoría de edad como norma fundamental –legitimadora y limitadora del ejercicio del ius puniendi– en el seno de la dogmática penal, manteniéndose a través del tiempo como declaración, exigencia y garantía propia del Derecho Punitivo, hasta la época inmediatamente posterior a 1945, en que los acontecimientos de todos conocidos y que hemos recordado en el Capítulo Primero lo proyectan, como efecto de angustiosas tentativas por establecer, mantener y reforzar seguridades dogmáticas –con reales efectos cautelares– hacia el entorno políti-

¹³⁴ ALBIN ESER y BJÖRN BURKHARDT, *Derecho Penal*, 1995, págs. 14 y ss.

¹³⁵ MUÑOZ CONDE, “El principio de culpabilidad”, en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, U. Sevilla, 1976, págs. 220 y ss.

co-constitucional, adquiriendo el carácter de apotegma ético-jurídico superior, indiscutido e indiscutible en un Estado de Derecho y de garantía inherente a la dignidad humana. La matriz histórica del principio culpabilístico es sin duda el Derecho Penal, que con sus elaboraciones doctrinarias va conformando un conglomerado de garantías que significan un avance en el cambio hacia la humanización del orden punitivo.¹³⁶

Si bien la formulación como principio general del ordenamiento jurídico –de nivel superior al meramente legal– es entendida como más amplia y omnicompreensiva que el clásico “no hay delito ni pena sin culpabilidad”, ello no reduce, sino que por el contrario, complementa y revitaliza este postulado penal y sus trascendentales consecuencias para el individuo, la sociedad y el Estado. Es prueba de ello, la notoria circunstancia de que las constituciones no lo proclaman de modo expreso, habiéndose extraído su reconocimiento y vigencia a través de un proceso interpretativo –de las normas constitucionales y legales– cuyo protagonista más activo ha sido en varios países, la jurisprudencia de los tribunales superiores. Así ocurrió en Alemania, con el Tribunal Federal Constitucional, de cuyas decisiones más relevantes ya hemos dado noticia. En España, la respectiva instancia judicial-constitucional ha seguido la misma orientación de la Corte germana. En Argentina, Chile y Colombia, ha sido a partir de los principios superiores contenidos en las cartas fundamentales que el sector dominante de la doctrina les ha atribuido rango constitucional a las consecuencias del postulado en comento y cuya pertenencia al Derecho Penal está fuera de discusión, como tampoco se pone en duda, sino que se apoya y fomenta sin escatimar esfuerzos ideológicos, la jerarquización y consagración explícita en el ámbito normativo de la culpabilidad como fundamento y límite de la sanción penal.

El devenir histórico muestra que desde su ámbito propio y originario, desde su “matriz histórica”, el principio de culpabilidad ha transitado hacia otras instancias del sistema jurídico –incluyendo el Derecho de los tratados– en las cuales se ha engarzado como garantía fundamental, indisolublemente liga-

¹³⁶ SCHURMANN PACHECO, op. cit., 34).

da a la noción de Estado de Derecho democrático. La máxima “nulla poena sine culpa” integra actualmente la red de protección constitucional –o debería integrarla– pero aquello que declara y cautela se halla férreamente inmerso en el Derecho Penal, cuyos preceptos –los tipos penales– son precisamente los dotados de mayor idoneidad en el conglomerado normativo para lesionar severamente los derechos del hombre.

Rodolfo Schurmann Pacheco lo explica muy claramente: “Al impulso del iusnaturalismo personalista de la Revolución Francesa la máxima de derecho penal “lá ou il n’y a point de dol, il n’y a point de crime, et par consequent il ne peus pas y avoir de peine” (allí donde no hay dolo no hay crimen y por consiguiente no puede haber una pena), formulada por Jousse, se convirtió en dogma general, siendo objeto de consagración en la Declaración de Derechos del Hombre. Esta jerarquización del principio, como derecho inherente a la personalidad humana, comúnmente olvidada, forma parte de la dignificación general del hombre como tal y como sujeto de derechos”. Es precisamente esta jerarquización –señala el autor– la que lo proyecta, primero, a nivel de las constituciones y, segundo, al de los tratados de derecho internacional.¹³⁷ Zaffaroni puntualiza que la formulación teórica del *nullum crimen sine culpa* es históricamente anterior a la consagración de la garantía de legalidad. Se deduce esta formulación, por ejemplo, de la definición de crimen presentada por Muyard de Vouglans: “*factum iure prohibitum, quo quisa dolo vel culpa facientis laeditur*”.¹³⁸

5. La revisión de las consecuencias que los distintos autores asignan al principio de culpabilidad, corrobora con evidente fuerza su carácter de postulado fundamental de la ciencia jurídico-penal y, como lógico efecto, su preeminente vinculación al derecho que lo concibió –su matriz histórica– sin perjuicio de su reconocimiento y jerarquización por otros sectores del sistema legal, que lo han promovido a la categoría de garantía jurídica superior –fundamental– que todo Estado democrático debería asegu-

¹³⁷ SCHURMANN PACHECO, op. cit., 34).

¹³⁸ ZAFFARONI, op. cit., 37).

rar –legislativa y constitucionalmente– como manera de legitimar su función penal y limitar –en aseguramiento de los derechos individuales– el ejercicio de la misma.

El profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba desarrolla nueve exigencias a través de las cuales debe revelarse la vigencia del principio que nos ocupa:

a) necesidad de que en la particular situación en que delinquirió se pueda razonablemente exigir al agente otra conducta, distinta de la realizada, y, por tanto, reprocharle la perpetrada; y en consecuencia:

b) proscripción de la responsabilidad objetiva, exigiendo la concurrencia, en el obrar criminal, de dolo o culpa, sin que quepa, empero, identificar o confundir la presencia de dolo o culpa con la culpabilidad.

c) tipificación específica y excepcional de los delitos culposos;

d) eliminación de la equiparación del dolo y la culpa en orden a su reprochabilidad, como sucede en el Código chileno, artículos 229 y 495 N° 21;

e) consignación de la noción de co-culpabilidad y consiguientemente de su repercusión y efectos en la determinación o individualización judicial de la pena;

f) proscripción de las *actio liberae in causa*;

g) consignación de los errores de tipo, de prohibición y de comprensión culturalmente condicionada;

h) inclusión de la eximente por coacción;

i) consagración de la culpabilidad como criterio por excelencia, complementario de la señalada función de la ofensividad en este sentido, para graduar o determinar la pena.¹³⁹

Para Enrique Bacigalupo, el principio de culpabilidad torna “incompatibles” con su contenido, el “*versari in re illicita*”, la fundamentación o agravación de la pena por el mero resultado (responsabilidad objetiva y delitos cualificados por el resultado), la negación de la relevancia al error de tipo, al de prohibi-

¹³⁹ DE RIVACOBA Y RIVACOBA, “Tentaciones, principios y perspectivas para una política criminal en Chile a la altura de los tiempos”, en *Política Criminal y Reforma Penal*, U. de Antofagasta, Fac. de Ciencias Jurídicas, 1996, págs. 25 y ss.

ción y al error sobre la punibilidad, la aplicación de penas a quienes no hayan podido comprender las exigencias del derecho o comportarse de acuerdo con ellas y a quienes hayan obrado bajo condiciones en las que la ley no exige su cumplimiento. En el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad excluye toda pena que supere con su gravedad la del hecho.¹⁴⁰ Como se advierte, estas consecuencias, a las que el autor otorga rango constitucional (en relación a las normas de la Carta Fundamental española), tienen su entorno específico de vigencia, aplicación y efectividad, en la esfera del Derecho Penal.

En la misma línea de pensamiento anterior se inscribe José Manuel Gómez Benítez en su *Teoría Jurídica del Delito*. Señala que la culpabilidad –a la que identifica con el principio de culpabilidad– ha desempeñado desde el nacimiento del moderno derecho penal (de la culpabilidad) una triple función: como fundamento, fin y límite del derecho del estado a imponer penas. En cuanto a la fundamentación de la pena en la culpabilidad del autor, hace derivar de las mismas tres consecuencias fundamentales.

a) imposibilidad de aplicar penas a aquellos sujetos a los que no es posible atribuirles el hecho como propio, como sujetos racionales capaces de imprimir una dirección u otra a sus actos (los inimputables);

b) proscripción del castigo si el sujeto no es responsable del resultado acaecido, lesivo de un bien jurídico. Esto puede suceder en dos casos: bien porque el resultado se haya producido fortuitamente, esto es, sin dolo ni imprudencia del sujeto (y, por cierto, tanto si se consideran formas de la culpabilidad, como elementos del tipo), o bien porque haya concurrido una causa de inexigibilidad de conducta distinta (estado de necesidad disculpante o miedo insuperable), y

c) tampoco puede imponerse una pena, porque de lo contrario, iría en contra del fundamento culpabilístico del derecho a penar, a quien no ha sido libre en su opción contraria al Derecho, por haber padecido un error invencible de prohibición.¹⁴¹

¹⁴⁰ BACIGALUPO, op. cit., 119).

¹⁴¹ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, 1984, págs. 443 y ss.

Entre los autores alemanes, Albin Eser, una vez destacado el rango constitucional asignado por todos en ese país al principio de culpabilidad, al estar consagrado –a través del principio de personalidad– en la configuración del Estado de Derecho, se explaya sobre las tres direcciones en que van las consecuencias que se extraen de dicho principio:

a) En primer lugar, significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la pena y con ello constituye un elemento del delito que fundamenta y limita la pena.

b) El segundo significado del principio de culpabilidad se ve en que no debe haber elementos del injusto indiferentes en materia de culpabilidad. Bajo este aspecto, se discute sobre todo si resulta posible armonizar las “condiciones objetivas de punibilidad” con el principio de culpabilidad. Sin embargo, también tiene efectos en el ámbito de la medición de la pena.

c) En su tercer significado, implica que la pena debe ser “adecuada” a la culpabilidad, debe guiarse por el alcance del ilícito producido de modo culpable. En primer lugar, esto determina que la pena no debe superar la medida de la culpabilidad. En cuanto a la segunda –y polémica– cuestión de si la pena puede ser inferior a la que correspondería a la culpabilidad, el autor se inclina favorablemente por esta hipótesis, estimando que el principio de culpabilidad sólo se refiere al problema de si es admisible (y en qué medida lo es) obviar los intereses del autor a la hora de determinar las necesidades preventivas, fijando el marco de hasta qué punto ello es lícito y no obligatorio. No se opone –el principio de culpabilidad– a que la pena sea inferior a la culpabilidad.¹⁴²

También destaca en el ámbito germano la preocupación de Hassemer por este tópico, quien, sustentando la irrenunciabilidad al principio “nulla poena sine culpa”, plantea en forma interrogativa las “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”. Destaca como *irrenunciables* y a las cuales no les ve ninguna alternativa, cuatro dimensiones del principio de culpabilidad, cuyo significado para nuestra cultura jurídico-penal debe ser puesto de relieve, acusando al pasar que la discusión sobre el principio

¹⁴² ALBIN ESER y BJÖRN BURKHARDT, *Derecho Penal*, op. cit., 134).

culpabilístico ha sido llevada tan indiferenciada y globalmente, que apenas puede aparecer en ella toda la realidad de esta imagen surgida de siglos:

a) *Posibilitar la imputación subjetiva.*

Esto es, la vinculación de un acontecer injusto con una persona actuante, partiendo de la hipótesis –única aceptable– de que el delito sólo es perceptible como hecho de un autor, como *su hecho*.

La alternativa a esta primera dimensión del principio de culpabilidad alejaría al hombre de la percepción del delito, supondría tanto como renunciar a las categorías de dirección causal y de causación.

b) *Excluír la responsabilidad por el resultado.*

La alternativa a esta segunda dimensión del principio, que no es cuestionada seriamente, sería aceptar una responsabilidad por el resultado, por el simple azar, contraria a la imagen del hombre y a los criterios de justicia que entre nosotros hacen perceptibles desde siglos las diferencias del hombre con su mundo circundante y que no sólo registran estas diferencias sino que también las valoran. Esta segunda dimensión contiene un criterio de la culpabilidad que completa y perfecciona la simple posibilidad de una imputación subjetiva, la “responsabilidad”. Aquí se afirma que culpable de una lesión sólo puede ser quien por lo menos hubiera podido gobernar el acontecer lesivo.

c) *Diferenciar grados de participación interna.*

Aquí se perfeccionan los logros obtenidos con la dimensión anterior, se reelabora el criterio de responsabilidad, diferenciándose y valorándose grados de responsabilidad, que el autor denomina “grados de participación interna en el suceso externo”. Esto significa para los penalistas una escala que va desde la imprudencia inconsciente hasta la comisión intencional de un delito, pasando por la imprudencia consciente, la negligencia y el dolo. Tanto desde el punto de vista fenomenológico como normativo, la lesión producida por falta de diligencia es otra cosa que la provocada por simple abandono o que la producida intencionalmente.

d) *La proporcionalidad de las consecuencias jurídicas.*

Esta es la cuarta y última dimensión a la que Hassemer no

le ve ninguna alternativa y que penetra –desde la imputación subjetiva– en el estadio de la medición de la pena. Se discuten en esta sede los criterios sobre la sanción equitativa y justa del delincuente. La diferenciación de varios grados de participación interna exige adecuar proporcionalmente las consecuencias jurídico-penales a estas diferenciaciones. El principio de culpabilidad posibilita con esta diferenciación una concretización del principio de proporcionalidad, de la prohibición de excesos y de límites de sacrificio.

La última dimensión a que se refiere el autor, fuera de las irrenunciables anteriores, es la considerada por muchos como el núcleo problemático del principio de culpabilidad: “culpabilidad es reprochabilidad”, exteriorizando una posición crítica al respecto. Considera válido el esfuerzo por explicar y sostener las cuatro misiones irrenunciables anteriormente destacadas; no es válido, en cambio –en su opinión– mantener el reproche de culpabilidad que hoy se formula contra el autor de un delito en nombre de aquel principio, porque desde el punto de vista teórico es insostenible y desde el punto de vista práctico perjudicial. Se hace cargo del temor que agobia a la teoría tradicional del Derecho Penal, de que la eliminación del reproche de culpabilidad implique la supresión de la función limitadora del principio de culpabilidad, considerándolo un mal entendido. A su juicio, el reproche de culpabilidad no limita nada, al contrario, extiende en gran medida la carga que para el delincuente supone la consecuencia jurídico-penal. Sitúa los límites de la pena pública más bien como resultantes de los criterios de proporcionalidad que el principio culpabilístico involucra, tendientes a asegurar la sanción equitativa y justa del delincuente.¹⁴³

Como corolario de todo lo anterior, es dable firmar que el contenido del principio de culpabilidad ha estado y continúa estando –para la opinión mayoritaria– directa y sólidamente vinculado, en términos de clara dependencia, a una determinada noción de la culpabilidad, que fija y precisa el contenido del postulado y su efecto garantista. Sigue siendo minoritaria la pro-

¹⁴³ HASSEMER, “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, *CPC*, 1982, N° 18, págs. 473 y ss.

posición de abandono o supresión total de la culpabilidad como categoría penal trascendental –fundante y limitadora de la pena– la que, como señalan sus detractores, implica una perspectiva esencialmente diferente, no sólo para concebir, interpretar y llenar de sentido el principio y establecer sus consecuencias específicas en el orden social regulado por el Derecho Penal sino, además, para darle a este orden jurídico una configuración opuesta –esencialmente preventiva– a la propia del Derecho Penal “clásico” o “liberal”.

6. Un problema distinto de la “co-propiedad” –pero vinculado estrechamente a ella por sus resultados, que actualmente ejercen sobre el principio culpabilístico el Derecho Penal y el Derecho Político Constitucional, con nítidas y generalmente aceptadas proyecciones para el entorno penal– lo constituye el debate contemporáneo acerca del concepto material de culpabilidad, que, por natural consecuencia, se extiende al principio de culpabilidad mismo, a su contenido y función en un Derecho Penal sometido a una fuerte revisión crítica desde sus bases mismas, incluyendo denuncias de “deslegitimación” y exigencias de abolición (“Abschaffung”).

De todo lo expuesto se desprende que el debate actual no se vincula tanto con el nexo o ligazón entre principio de culpabilidad y culpabilidad (“continente” y “contenido”) –que, en general, no se discute mayormente, salvo en aquellas tesis que suprimen dicho concepto como presupuesto garantizador– sino más bien con la tentativa por anudar el postulado a una determinada noción de la culpabilidad, a un específico sentido dogmático, limitado político-criminalmente, del concepto de culpabilidad, en otras palabras, “a una cierta manera de entender la culpabilidad, en cuanto categoría jurídico-penal”. Es nuestra opinión, que el tradicional compromiso con una precisa concepción dogmática de la culpabilidad –que se proyecta en un sentido estricto al principio que la proclama, en su rol de reprochabilidad que fundamenta y limita la pena– es el motivo primordial por el cual varios autores sostienen la necesidad de interpretar en forma “amplia” el postulado, liberándolo del círculo estrecho en que lo encierra, a su juicio, la concepción jurídico-penal y atribuyéndole un sentido de mayor alcance garantístico.

En definitiva, lo trascendente, en cuanto garantías y seguridades concretas para el individuo que enfrenta al poder penal, son las consecuencias derivadas del principio de culpabilidad, a través de las cuales han de materializarse las funciones concretas que debe cumplir en la realidad social, habiéndose caracterizado al apotegma como “una garantía [...] que junto con los axiomas penales y procesales del “*nullum crimen sine lege praevia*, *nulla poena sine iudicio*, etc., forma parte de la concepción iluminista de la limitación del Estado [...] integra, sin dudas, el mapa ideológico que circunscribe al poder penal”.¹⁴⁴ La mera proclamación de una idea o concepto –“no hay pena sin culpabilidad”– no pasa de ser una formulación abstracta, un ideal metafísico, por lo que es indispensable llenar de contenido esa proclama, extrayendo de ella efectos o consecuencias de general gravitación, que se reconozcan y actúen efectivamente como límites al poder punitivo estatal, en protección de los derechos individuales.

Todos los autores –incluidos quienes niegan a la culpabilidad sus roles clásicos, fundantes y limitadores de la pena– comparten un consenso básico en torno a las garantías elementales democráticas, que deben ser consagradas y respetadas en el concreto ámbito del Derecho Punitivo, a partir de la concepción del ser humano en el sentido de la Ley Suprema, como individuo digno y libre. En tal virtud, aun cuando el apotegma tenga actualmente o pueda o deba tener en el futuro un rango o nivel constitucional –lo que constituye una clara aspiración del presente– sus funciones protectoras y limitadoras sólo cobran vida –se hacen reales y efectivas– con la aplicación práctica del ordenamiento penal a un conflicto humano y social dado, que perturba realmente y en forma insoportable las bases de la convivencia. No es posible, en consecuencia, extraer del Derecho Penal el principio de culpabilidad, no es posible “expropiárselo” –como no se le puede expropiar la categoría de la culpabilidad, al menos, según la opinión dominante– y ninguno de los pensadores que lo recogen en un sentido “amplio” o “político-

¹⁴⁴ RUSCONI, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal Moderno*, 1997, pág. 31.

criminal”, sitúa las consecuencias garantistas atribuidas al principio culpabilístico y sobre las cuales se advierte un acuerdo mayoritario, fuera o más allá de la órbita penal, ya que ésta representa el escenario propio, la arena en la que tales garantías deben batirse frente al ius puniendi, restringiendo, por motivos y fines de justicia –y, por tanto, de superiores intereses comunitarios– la órbita de acción invasiva de ese poder.

CAPITULO TERCERO

CRISIS DE LA CULPABILIDAD
(¿Y DEL DERECHO PENAL?)
NUEVAS CONCEPCIONES

1. El análisis del desarrollo experimentado por la dogmática penal en los últimos treinta años pone de manifiesto que resulta difícil encontrar algún autor que no haya tomado partido, con mayor o menor intensidad, en el intenso debate crítico que ha venido afectando al principio de culpabilidad, otrora intocable bastión del Derecho Penal clásico. “La culpabilidad es un tema eterno del Derecho Penal –ha dicho Roxin– y su principal problema específico, tanto en su existencia y en sus presupuestos como en la constatación de su fundamento y medida, está expuesto a dudas que nunca serán despejadas; ello, no obstante, debe servir de soporte y legitimación al Derecho Penal”.¹⁴⁵ Tan grande como es por una parte el consenso de que el principio de culpabilidad, en cuanto producto del principio de Estado de Derecho, constituye un eje del sistema penal, es igualmente amplio, por otra, el disenso sobre los fundamentos de ese principio, en especial, acerca de la idea de culpabilidad.

La denominada “crisis” (expresión utilizada comúnmente), cuyos mayores y notorios síntomas comienzan a advertirse a fines de la década de 1960, con el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán (1966), se vincula estrechamente con un trascendental cambio, que primero se sitúa en ese núcleo central que representa el concepto de culpabilidad y a poco andar

¹⁴⁵ ROXIN, “Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad”, en *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, pág. 147.

excede los confines de la teoría del delito y de la pena, para poner en jaque, desde una perspectiva más que nada político-criminal de signo preventivo (sobre todo, el fundamento, medida y fines de la pena) el rol social y la legitimidad misma del Derecho Penal como ordenamiento normativo de control social. Ya en el año 1961, Dietrich Lang-Hinrichsen, en su artículo escrito en homenaje al 70 aniversario de Eberhard Schmidt –“Sobre la crisis de la idea de culpabilidad en el Derecho Penal”– aparecido en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, señaló: “Mientras que el desarrollo de la doctrina de la culpabilidad en el Derecho Penal se orienta, en el transcurso del tiempo, de manera más o menos continua, hacia un entendimiento del concepto de culpabilidad en forma cada día más pura, lográndose en especial en este siglo, a través del reconocimiento de la teoría normativa de la culpabilidad una depuración substancial, han surgido, en época reciente, tanto en la dogmática como en la jurisprudencia, corrientes que, de obtener una acogida general traerían como consecuencia una desfiguración o un abandono parcial de la idea de culpabilidad”.¹⁴⁶

Hemos destacado, en el capítulo anterior, la férrea e inescindible ligazón que ha unido al “*nullum crimen nulla poena sine culpa*” con la categoría de la culpabilidad, con el concepto material de la misma, sin perjuicio de una tendencia creciente a rechazarla en cuanto “reprochabilidad” individual por la posibilidad de obrar de otro modo y presupuesto o fundamento de la pena. Al respecto y a modo meramente ilustrativo, es suficiente recordar en esta parte el razonamiento del tratadista español José Cerezo Mir: “El principio de culpabilidad, con arreglo al cual la culpabilidad constituye el fundamento y límite de la pena”.¹⁴⁷ Se identifica, como ya se demostró en el capítulo aludido, el principio con la categoría penal-sistemática de la culpabilidad y por ende, con un determinado concepto, con una determinada noción de ella, con “una manera específica de entender la culpabilidad”, implicando esto la adhesión a una teoría determinada acerca de la pena –sus fundamentos, fines y

¹⁴⁶ LANG HINRICHSEN, “Acerca de la crisis del pensamiento de culpabilidad en el Derecho Penal”, *ZStW*, 73 Band, 1961, págs. 210 y ss. (traducción del autor).

¹⁴⁷ CEREZO MIR, op. cit., 121).

límites– y, en definitiva, acerca del Derecho Penal como sistema jurídico regulador del comportamiento social.

El debate dogmático en torno a la noción de culpabilidad se ha vuelto muy complejo, debido a que –como apunta Zipf– no hay un concepto de culpabilidad sino una pluralidad de conceptos diferentes.¹⁴⁸ Santiago Mir Puig, después de reconocer que el principio de culpabilidad es uno de los postulados fundamentales de la dogmática penal tradicional señala que, no obstante, el concepto de culpabilidad ha sufrido una evolución que no ha logrado aclarar en forma mínimamente satisfactoria su significado y acusa la “ambigüedad e incontrolabilidad” del término culpabilidad que suele manejarse en la doctrina del Derecho Penal. “Por una parte, el desarrollo de la teoría del delito ha ido separando y diferenciando del concepto originario de culpabilidad una serie de categorías que van vaciando aquella noción y relegándola a una función residual. Sin embargo, el lenguaje ordinario y también el legal siguen usando el término ‘culpabilidad’ y sus variantes en su sentido originario. La propia doctrina emplea aquella palabra en un sentido amplio, más próximo al inicial que al de la teoría del delito, cuando se quiere fundar o limitar la medida de la pena o su propia legitimidad. Se sigue de todo esto una diversidad de sentidos de la palabra ‘culpabilidad’ que oscurece su significado”. Añade que, por su parte, el manejo del término “culpabilidad” se ha visto dificultado para una teoría penal que quiera sentarse sobre bases verificables, debido a que la interpretación jurídico-penal ha cargado al concepto de “culpabilidad” de contenido metafísico y moralizante.¹⁴⁹

2. Una revisión acuciosa de la llamada “crisis” del principio culpabilístico –“nulla poena sine culpa”– que involucra la “crisis” de la culpabilidad, en tanto que es objeto y contenido de ese apotegma, permite apreciar que lo que se encuentra en un momento decisivo, en una situación dificultosa o complicada, por cuanto se duda de su continuación, modificación o cese, no es

¹⁴⁸ HEINZ ZIPF, *Introducción a la Política Criminal*, 1979, pág. 49.

¹⁴⁹ MIR PUIG, op. cit., 4).

el postulado o principio en sí mismo, en cuanto proclama garantista, ni su materia, la culpabilidad penal; el cuestionamiento recae sobre “una determinada manera de concebir y explicar la culpabilidad”, sobre una cierta noción de la culpabilidad, a la que se puede denominar, con Muñoz Conde, “concepción tradicional de la culpabilidad”.¹⁵⁰ En esta misma línea de pensamiento, Quintero Olivares señala: “el concepto de culpabilidad está sometido a la más intensa crítica doctrinal siendo cada vez menor el número de defensores que el mismo tiene, entendido en su ‘pureza originaria’, es decir, como reproche que se hace al autor por haber decidido, en uso de su libre albedrío, optar por el mal cuando podía y sabía cuál era el bien e inclinarse por él. Los distintos elementos que componen este concepto son revisados críticamente hasta demostrar su insostenibilidad científica.”¹⁵¹ “El contenido que la doctrina asigna a la culpabilidad ha operado una profunda evolución desde el siglo XIX hasta nuestros días. En la actualidad puede constatarse un reconocimiento mayoritario en la literatura penal, de que se trata de un concepto sumido en una profunda crisis en cuanto a su fundamento material y a los elementos que lo integran.” El mismo autor últimamente citado, después de expresar que cada uno de los elementos del juicio de culpabilidad se hallan en tela de juicio, indica que la doctrina no ha cesado de intentar la revisión o la superación de una determinada noción de la culpabilidad, “del contenido de la culpabilidad que aportó Welzel, para no caer en la contradicción de negar el fundamento material (el libre albedrío) y mantener, al mismo tiempo, el contenido o elementos normativos que derivan del mismo”.¹⁵²

En realidad, bajo el rótulo genérico de “crisis” o “catástrofe” del principio culpabilístico, los autores se ocupan más concretamente de cuestionamientos dirigidos a la culpabilidad como categoría penal sistemática –reprochabilidad–, fundante y limitativa de la pena. Esta categoría es el real blanco de las críticas y ataques mayoritarios, no el principio básico del orden penal,

¹⁵⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, op. cit., 125).

¹⁵¹ QUINTERO OLIVARES, op. cit., 5).

¹⁵² Idem.

no el principio garantista “no hay pena sin culpabilidad” –el continente del cual la culpabilidad es contenido y materia– reputado por la opinión dominante como una exigencia elemental, inherente a la noción de Estado de Derecho social y democrático, respetuoso de los derechos fundamentales del individuo. Al respecto, Quintero Olivares señala que “Si los penalistas se aferran a la defensa de un concepto que ellos mismos critican como falto de solidez es porque en él se reúnen una serie de logros y garantías a los que en modo alguno se puede renunciar [...] Así pues el derecho penal de culpabilidad, con independencia de los problemas de comprensión que entraña la culpabilidad como elemento de la teoría del delito, supone un logro del Derecho Penal que ha sido fruto de una larga evolución. Defender esas garantías y logros como parte irrenunciable del sistema penal no supone necesariamente defender la concepción tradicional de la culpabilidad como elemento de la teoría del delito”.¹⁵³ En esta misma orientación, Jürgen Baumann ha dicho que “La culpabilidad ha sido siempre y es aun hoy la manifestación más oscura y discutida no sólo en el derecho penal, sino también en otros ámbitos del derecho y de la vida. Muy a menudo se emplea la expresión ‘es culpable’ o ‘el tal tiene la culpa’, pero quienes acusan tienen ideas muy poco claras acerca de la especie de su reproche.” Para este tratadista germano, el principio “nulla poena sine culpa” es perfectamente inteligible, en tanto que el de culpabilidad es oscuro y objeto de polémicas.¹⁵⁴ Enrique Cury señala que la cuestión consiste no sólo en preguntarse ¿en qué consiste la culpabilidad?, sino que va más allá: ¿corresponde siquiera a algo ese concepto, o no es más que un hermoso fantasma inconsistente?¹⁵⁵

El apotegma garantista, protector del individuo frente al poder penal se mantiene incólume como exigencia político-jurídica y hacia el reforzamiento de su vigencia y autoridad (incluso en el Derecho Penal de los tratados internacionales) se orien-

¹⁵³ QUINTERO OLIVARES, op. cit., 5).

¹⁵⁴ BAUMANN, *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema*, 1973, págs. 205-206.

¹⁵⁵ CURY, “La culpabilidad”, *RCHD*, vol. 22, N° 2, mayo-agosto 1995, págs. 181-188.

tan los esfuerzos de la doctrina mayoritaria. Bernd Schünemann, cuando analiza la evolución del principio de culpabilidad a lo largo de la historia del Derecho Penal –en realidad se refiere a la culpabilidad misma– en cuyo vértice se ha producido una curva notoria, desde su reconocimiento pleno como principio jurídico-penal de la más alta jerarquía hacia un serio debate sobre su abrogación total, distingue tres diversos grados de intensidad en la caracterización del Derecho Penal por la culpabilidad. El mayor influjo lo ejerce esta noción en un Derecho Penal retributivo (la pena es retribución de la culpabilidad), en el cual es su concepto absolutamente central; un efecto configurador más débil lo tiene en las teorías de la “unión”, en las cuales convive la función retributiva con los fines preventivos, debiendo proporcionar la medida de la culpabilidad la parte vinculante en la determinación de la medida de la pena; el influjo más tenue lo ejerce la culpabilidad en un Derecho Penal eminentemente preventivo, en el cual está excluida toda noción retributiva.¹⁵⁶

Es la permanente y mayoritariamente compartida identificación del principio con la categoría de la culpabilidad (con una específica noción de ella) –que es su núcleo, su centro irradiador de consecuencias garantistas, en cuanto sólo puede ser alcanzado por la pena quien es culpable– lo que lleva a los autores a referirse a la “crisis”, a la curva notoria que se extiende entre la aceptación plena y la derogación de la garantía culpabilística, cuando en verdad lo que se halla en estado de dudosa continuación y previsible sustitución o cese (“estado crítico”), es la culpabilidad, el concepto de ella entendida como “reprochabilidad” –culpabilidad retributiva– que, apoyada en la libertad de actuación, fundamenta la pena y le asigna fines, a la par que la limita. En tal virtud, el desarrollo –controversial– del principio (“el continente”), se manifiesta, se expresa y proyecta a través de las vicisitudes conceptuales de su objeto, de su materia –“el contenido”– la culpabilidad, que, en definitiva, son las del propio Derecho Penal culpabilístico. Todo lo que ocurra con la noción de culpabilidad se comunica, se transfiere, sin duda, hacia el ámbito de

¹⁵⁶ SCHÜNEMANN, op. cit., 85).

las bases, sentido y funciones del Derecho Penal, proyectando una directa e innegable influencia ideológica al sistema penal en su conjunto. Por ello Hafter sostuvo, hace ya largos setenta años, que “el problema de la culpabilidad es el problema del destino del derecho de castigar”.¹⁵⁷ Jiménez de Asúa destacó la trascendencia del razonamiento del autor suizo, ponderando que en pocas ocasiones “un pensador ha acertado a resumir, en breves palabras, la esencia de una cuestión o la trayectoria histórica de un fenómeno social”.¹⁵⁸

La doctrina identifica claramente las tres posturas mayormente representativas de la polarización que caracteriza a la doctrina moderna sobre la base de las críticas dirigidas a la culpabilidad (a una específica noción de ella):¹⁵⁹

a) La de quienes postulan prescindir totalmente de la culpabilidad como elemento del delito y como fundamento y medida de la pena, instalando como único fundamento de ésta su necesidad, vinculada a los requerimientos de la prevención general y especial.

b) La de quienes no niegan radicalmente la exigencia de culpabilidad, pero tratan de transformarla en algo de perfiles distintos a los que tiene en la opinión dominante o “clásica”.

c) La de aquellos autores que manteniendo el concepto de culpabilidad elaborado por la teoría normativa, en su pureza esencial, reconocen algunas de las críticas formuladas e introducen ciertas rectificaciones puntuales con especial incidencia en el ámbito de la pena.

Zugaldía Espinar apunta que la crisis de la idea de culpabilidad –que él reconoce como tal, en cuanto se refiere al concepto “clásico” o “tradicional”– no implica una negación o abandono de las trascendentales consecuencias que entraña el principio “nullum crimen sine culpa”. Nadie postula que deban imponerse penas a los inimputables, que se deba castigar a quienes provocan fortuitamente un resultado antijurídico o que deban ser penadas las acciones realizadas en circunstancias de

¹⁵⁷ HAFTER, LEHRBUCH, t. I, cit. por Jiménez de Asúa, *infra*, 158).

¹⁵⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. V, 1956, pág. 20.

¹⁵⁹ SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, III, págs. 14 y ss.

no exigibilidad conforme a la norma para el sujeto.¹⁶⁰ Las objeciones al principio de culpabilidad, en cuanto proclama que hace suya una determinada concepción sobre la culpabilidad, no pretenden restablecer la responsabilidad por el resultado, no se niega el principio de culpabilidad entendido como exclusión de la responsabilidad objetiva; se cuestiona el fundamento del concepto tradicional de culpabilidad –el poder “no verificable” de actuar de modo distinto a lo obrado– y el consiguiente reproche o desaprobación en que aquella consiste.¹⁶¹

Las propuestas que previo abandono de la culpabilidad como categoría nuclear del Derecho Penal se basan exclusivamente en la necesidad de la pena, no persiguen –según explica Córdoba Roda, citando a Enrique Gimbernat, su primer exponente– poner, en modo alguno, en peligro el conjunto de principios de signo liberal y respetuoso de las características de la persona humana, a los que la concepción de la culpabilidad respondía. No obstante, Córdoba Roda encuentra serios inconvenientes en la sustitución del requisito de la culpabilidad por el de la necesidad de la pena y formula dos reparos centrales: a) incapacidad para ofrecer una determinación conceptual de determinadas materias, como la inimputabilidad y el error de prohibición; b) riesgo para ciertas garantías en favor de la persona humana. A su juicio, estas objeciones no tendrían cabida si la necesidad de la pena fuera concebida y requerida como una exigencia adicional –a añadir, no pues a sustituir– a la culpabilidad y éste es el criterio que propone concretamente.¹⁶²

Con este tópico se vincula la distinción entre principio de culpabilidad y las garantías democráticas que entraña el concepto de culpabilidad, su fundamento y roles, distinción requerida necesariamente por la posibilidad de lograr consenso en torno a la importancia de consagrar positivamente alguna de las garantías del señalado principio, eventualidad que en cambio se revela muy difícil en cuanto a la idea misma de culpabilidad,

¹⁶⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, op. cit., 125).

¹⁶¹ Cfr. JUAN CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y Pena*, 1977, pág. 34; ZUGALDÍA ESPINAR, op. cit., 125); QUINTERO OLIVARES, op. cit., 5); Fermín Morales Prats, en QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal, Parte General*, Cap. IX, III, págs. 374 y ss.

¹⁶² CÓRDOBA RODA, op. cit., 161).

concepto éste que “paradójicamente” –pese a la significativa trascendencia del principio que lo contiene– se halla en estado de crisis permanente por la propia crisis de sus elementos fundadores. De aquí se hace derivar la diferencia entre un significado político-criminal del concepto de culpabilidad –preservador de garantías democráticas esenciales– que no es necesariamente coincidente en su contenido con el concepto dogmático tradicional de culpabilidad. Cuando se invoca el principio de culpabilidad como criterio rector de la política criminal y la legislación penal, en realidad lo que se quiere es preservar una serie de garantías que el principio encierra y que son la sedimentación de una progresiva evolución del Derecho Penal.¹⁶³

Del mismo modo que Quintero Olivares, Antonio García Pablos diferencia el concepto dogmático (estricto) de culpabilidad del concepto lato o político-criminal, vinculado este último a los límites del *ius puniendi*. En sentido “amplio”, expresa el conjunto de presupuestos necesarios para poder “culpar” a alguien por el evento que motiva la pena (presupuestos que naturalmente afectan a todos los requisitos del concepto de delito). En sentido “estricto”, se refiere sólo a los que condicionan la posibilidad de atribuir el hecho antijurídico a su autor.¹⁶⁴ Refiriéndose a los penalistas hispanos que rechazan el concepto “clásico” de culpabilidad, cuestionando su soporte constitucional y supuesto carácter garantista, pero admiten, no obstante, las consecuencias prácticas que suelen derivarse del mismo y el respaldo constitucional del principio culpabilístico, menciona como “sintomática” la posición de Quintero Olivares: “después de criticar severamente el “concepto dogmático de culpabilidad” (basado en el libre albedrío) considera muy positivo el “principio de culpabilidad”, de cuyos logros y garantías no se puede prescindir, ya que tales garantías, que involucran la culpabilidad y los límites que supone para la intervención punitiva del Estado, “no son desdeñables”.¹⁶⁵ En el Capítulo Segundo hicimos alusión detallada al concepto

¹⁶³ QUINTERO OLIVARES, op. cit., 5).

¹⁶⁴ GARCÍA PABLOS, op. cit., 51).

¹⁶⁵ Idem.

“amplio” de culpabilidad sustentado por Mir Puig, quien la entiende como mera relación de atribución o imputación, sobre la cual puede construirse el principio que reúna todas las exigencias que se desprenden de la necesidad de constreñir la pena a los hechos atribuibles a un individuo en un Estado social y democrático de Derecho.¹⁶⁶

Se critica el basamento teórico hasta sus propias raíces –señala Fermín Morales Prats– pero nadie se atreve en última instancia a negar la relevancia penal de las causas de inimputabilidad, del error de prohibición, ni de las circunstancias que aminoran la exigibilidad de conducirse conforme a Derecho.¹⁶⁷ Como hicimos ver en el anterior capítulo de esta obra, incluso quienes nada quieren saber del concepto de culpabilidad, dada su irracionalidad, postulando eliminarlo mediante su sustitución por criterios eminentemente pragmáticos, de mera necesidad de la pena, defienden vigorosamente el apotegma garantista (nulla poena sine culpa), como un principio normativo regulador y una regla imprescindible en el terreno de la dosimetría penal.¹⁶⁸

Para Enrique Gimbernát, tratar de fundamentar el Derecho Penal sobre la culpabilidad es tratar de fundamentarlo sobre una verdad de fe, por tanto, anticientífica y, por ende, irracional. Le resulta intolerable que siendo el concepto dogmático de culpabilidad tan inseguro científicamente, pueda desempeñar funciones tan significativas e importantes como la de ser el criterio para fundamentar y medir la pena. En su opinión, la renuncia a la culpabilidad como fundamento y límite de la pena –reemplazándola por las necesidades de prevención– no supone la catástrofe, no supone la arbitrariedad ni la injusticia, como muchos han creído y lo demuestra el hecho de que en los países escandinavos y en Inglaterra, en los que la noción del Derecho Penal de la culpabilidad nunca ha tenido demasiado arraigo, no se haya abusado del Derecho Penal con fines políticos. No es la creencia o no creencia en la autodeterminación individual

¹⁶⁶ MIR PUIG, *supra*, Cap. Segundo, 132).

¹⁶⁷ MORALES PRATS, *op. cit.*, *infra*, 161).

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 83).

lo que lo ha impedido, sino el respeto por la persona humana, gloriosa tradición política de esas naciones. De otro lado, el mantenimiento de la doctrina librealbedrista no ha impedido, en cambio, que en otros sistemas jurídicos, como el español, hayan ocurrido tales atropellos.¹⁶⁹ En igual sentido, Zugaldía Espinar acota que el hacer de la pena –y por ende– de la culpabilidad un instrumento “moralmente insípido” no tiene por qué dar lugar a que se abuse del ordenamiento penal con fines políticos; tanto más que en el Tercer Reich alemán se ha abusado del Derecho Penal con dichos propósitos en países eminentemente “católicos”, en los que dudar de la demostrabilidad del libre albedrío o de la responsabilidad moral del hombre era considerado como una herejía.¹⁷⁰

3. Hasta el momento actual, la mayoría de la doctrina penal adhiere a un Derecho Penal culpabilístico, rechazando la sustitución de la culpabilidad por las necesidades preventivas (criterios “extrínsecos” e “intrínsecos” de determinación). Habría acuerdo eso sí, en que el requisito culpabilidad del hechor ha de verse complementado por el de necesidad de la pena, que es cosa distinta a sustituir íntegramente el primero por el segundo, quedando éste como único fundamento de la pena. Una visión muy distinta de las consecuencias de la tesis de Gimbernat, en cuanto propugna el abandono de la culpabilidad, en la totalidad de sus funciones sistemáticas, tiene un gran número de autores y podría decirse que constituyen aún la mayoría (así ocurre categóricamente en nuestro país). Entre ellos el penalista chileno Luis Cousiño Mac Iver, quien hace ver la grave contradicción que implica la tesis de Gimbernat, al negar la libertad de la voluntad por imposibilidad de comprobación científica y sostener, paralelamente, que el fundamento de la penalidad se halla en el efecto de prevención que trae consigo la pena, el que también resiste a toda prueba científica; Cousiño atribuye a los efectos preventivos de las penas el carácter de verdaderos artículos de fe, por ser del todo indemostrables empíricamen-

¹⁶⁹ GIMBERNAT, op. cit., 58).

¹⁷⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, op. cit., 125).

te. Mayor gravedad que la indicada le asigna el tratadista chileno a la concepción del autor hispano, “si consideramos que él está perfectamente consciente de las consecuencias de la teoría del ‘dominó’ a que alude, al decir que la crisis de la idea de la culpabilidad trae consigo la de la pena; y sin pena no puede haber derecho penal, y sin éste, tampoco una ciencia del derecho penal, en sentido tradicional. Ciertamente es que, al fundamentar la pena en los efectos de prevención general a que ella conduce, cree haber reducido el problema de la caída del primer dado del ‘dominó’: la culpabilidad. Empero, demostrado –con sus propios argumentos– que tal efecto no es científicamente demostrable, no hay dudas que su tesis provoca una catástrofe”.¹⁷¹

El penalista argentino Carlos Creus, califica de “traumática” para el orden de relaciones entre la teoría del delito y de la pena, la propuesta de Gimbernát, desde que plantea desplazar del todo a la culpabilidad de la teoría penal, suprimiéndola no sólo como presupuesto, sino también como límite de la pena, sustituyéndola en ambas funciones por el fin institucional de la prevención. El gran peligro que advierte este autor en la tesis que objeta es el avance hacia una suerte de responsabilidad objetiva, avance que se procura bloquear mediante una invocación a la buena voluntad del legislador; el Derecho tiene que reconocer la relevancia de un error invencible de prohibición, excluir la responsabilidad por el resultado y aplicar a los inimputables sólo medidas de seguridad; “por supuesto que un Derecho que consagre el principio de culpabilidad (tal como hasta ahora lo hemos conocido) no necesita acudir a esa buena voluntad; el legislador no puede desconocerlo”.¹⁷²

Fustigando las propuestas de renuncia a la culpabilidad, Moisés Moreno Hernández, en ponencia presentada en 1981, señala que en ninguna otra época como en los últimos años había sido puesta en tela de juicio la culpabilidad. Este cuestionamiento representa, al decir del autor, un punto incuestionablemente neurálgico en la ciencia del Derecho Penal. Fundamentan el aserto del penalista mexicano las siguientes

¹⁷¹ COUSIÑO, op. cit., 6).

¹⁷² CREUS, *Introducción a la nueva doctrina penal*, 1991, pág. 98.

consideraciones: “Diversos autores, incluso de distintas tendencias, someten a severa crítica a varias concepciones tradicionales, porque son poco o nada eficaces para resolver los problemas, o bien porque sus contenidos carecen de base científica. Entre los conceptos que han sido objeto de rigurosos exámenes para determinar si desempeñan realmente una función o si cumplen con los fines que teóricamente se les asignan, no sólo desde el punto de vista dogmático sino también y fundamentalmente desde la perspectiva político-criminal, está el de culpabilidad. De esta manera se mencionan, por una parte, propuestas para rechazar que el concepto de culpabilidad cumpla alguna función “sistemática” en la estructura del concepto de delito y, por otra, argumentos de quienes le niegan cualquier función político-criminal, ya sea como ‘fundamento’ o bien como ‘límite’ de la pena, por lo que la desechan y la sustituyen por otro principio.

Una postura intermedia, en cierta forma moderada y razonable, entre éstos y los que sin objeción alguna le reconocen a la culpabilidad las anteriores funciones, que sin duda son la doctrina dominante en la actual ciencia del derecho penal, es adoptada por aquellos autores que si bien critican duramente el concepto de culpabilidad, no se van al extremo de rechazarla, sino que ven la conveniencia de su mantenimiento y sólo le señalan algunos correctivos”. La postura en tela de juicio de un concepto de tal magnitud como el de culpabilidad, implica, para Moreno Hernández, una afectación directa de los pilares sobre los cuales descansa actualmente la ciencia jurídico-penal. Sentencia que al cuestionarse sus trascendentales principios, se ponen en entredicho, por tanto, el mismo destino del derecho penal y con el, los alcances del poder punitivo del Estado.¹⁷³

Para Ruiz Vadillo, el Derecho Penal ha de ser un derecho de culpabilidad y el mantenimiento del principio básico del Derecho Penal conforme al cual para que una persona pueda ser castigada con una pena por un hecho es necesario que sea culpable, ha de ser tarea ineludible para cuantos creen que su

¹⁷³ MORENO HERNÁNDEZ, “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad”, en *El Poder Penal del Estado*, Homenaje a Hilde Kaufmann, 1985, págs. 385 y ss.

existencia forma parte integrante del orden jurídico que ha de garantizar la justicia, la seguridad y el bien común. Estos principios cumplen –a juicio del autor– una doble función, una directa, de inmediata eficacia y otra indirecta, de valor simbólico. Cuando se conculcan pierden su vigencia, aunque sea ocasional, y pierden –lo que puede ser más importante– su categoría de principio y símbolo; por eso aun en aquellos casos en que con la aplicación de ese principio rector, o sin su aplicación, se obtenga la misma consecuencia práctica no es indiferente que esta consecuencia se extraiga del recto y ortodoxo camino de aquel principio básico o de otros que supongan violación, desviación o desconocimiento del mismo.¹⁷⁴

Ya en el año 1973, con ocasión del coloquio de Santiago de Chile, celebrado en el Instituto de Ciencias Penales, José Cerezo Mir expresa su cuestionamiento en estos términos: “Creo que si se rechaza el principio de culpabilidad porque no se puede demostrar la posibilidad concreta de obrar de otro modo en una situación determinada, ¿cómo puede mantenerse entonces la distinción entre imputables e inimputables?, ¿cómo puede mantenerse la distinción entre penas y medidas de seguridad?, ¿cómo puede hablarse incluso de culpa y de error vencible o invencible? El concepto mismo de culpa supone el reconocimiento de la posibilidad de obrar de otro modo, con la diligencia debida. La distinción entre error vencible e invencible igual presupone el reconocimiento de la capacidad de obrar de otro modo, conforme a derecho. Ya los mismos conceptos de culpa y de error vencible e invencible están en función del reconocimiento de esa posibilidad”. El tratadista hispano se pregunta cómo puede sustentarse la menor punibilidad de los delitos culposos frente a los delitos dolosos. Por razones de política criminal, de prevención general –dice– podría estar indicado castigar con penas más graves los delitos culposos que los delitos dolosos. Afirma que la conciencia que tiene de esta dificultad lleva a Gimbernat a ofrecer un intento de solución consistente en la propuesta de sustituir el concepto de culpabilidad por el criterio de susceptibilidad de motivación por la norma. Haciendo alusión al antiguo crite-

¹⁷⁴ RUIZ VADILLO, op. cit., 3).

rio de la “intimidabilidad”, en el marco de la lucha de escuelas, con el cual coincidiría, a su juicio, la propuesta de Gimbernat, Cerezo repudia la tentativa de excluir la culpabilidad del ámbito del Derecho Penal, pareciéndole imposible sustentar todo el edificio del Derecho Penal sin esa base. En el fondo, al acudir al criterio de la posibilidad de motivación por la norma, se sigue recurriendo al criterio de la posibilidad de obrar de otro modo, es decir, que no se ha renunciado, aunque así lo parezca a primera vista, al principio de la culpabilidad, sino que solamente se han rechazado algunas de sus formulaciones polémicas.¹⁷⁵ A través de recientes publicaciones, Cerezo revitaliza sus tesis planteadas en aquel coloquio de 1973.¹⁷⁶

En el mismo evento científico recordado, el profesor brasileño Heleno Claudio Fragoso, al oponerse a las tesis “reduccionistas” de la culpabilidad, de Roxin y Gimbernat, presenta una ardorosa defensa de la permanencia de la culpabilidad y del principio fundamentado en ella: “Creo que el Derecho Penal de nuestro tiempo está en realidad en un período de transición, en el cual la tarea de reconstrucción sistemática del Derecho Penal pone a los juristas de una forma muy intensa ante dificultades, quizás insuperables, por el momento. A mi juicio el principio de la culpabilidad, está en la naturaleza humana y no se puede prescindir de él. En realidad sobre la base de la culpabilidad se ha hecho una extraordinaria evolución ética del Derecho Penal y esto corresponde a una realización de justicia como base fundamental del magisterio político.

Por otro lado, entiendo que un abandono del principio de la culpabilidad afectaría todo el sistema de Derecho Penal, lo que constituye una tarea imposible de realizar, no sólo porque este principio es una exigencia de la naturaleza humana, sino también porque toda la realización legislativa se concreta en base al principio de la culpabilidad en el Derecho moderno”.¹⁷⁷ En su trabajo “Nullum crimen sine culpa, dogma y realidad”, el autor uruguayo Rodolfo Schurmann Pacheco refiere, siguiendo a

¹⁷⁵ CEREZO MIR, *RCP*, 3ª época, enero-abril 1973, t. XXXII, págs. 189-190.

¹⁷⁶ CEREZO MIR, op. cit., 27), además, “El concepto material de culpabilidad”, en *Criminalia*, año LXIII, N° 2, 1997, págs. 25 y ss.

¹⁷⁷ FRAGOSO, *RCP*, op. cit., 175, págs. 202-204.

Zaffaroni, que los instrumentos de Derecho Internacional (Declaraciones y Pactos) consagran el principio aludido, también en virtud de la naturaleza y dignidad de la persona, constituyendo uno de los requisitos mínimos del poder punitivo que, de no respetarse, se tornaría represivo (represividad excedente) y, de no legislarse, conferiría a los sistemas penales una nota de ineficacia como realizadores efectivos de los derechos humanos. En cuanto se refiere a soluciones concretas de lege ferenda, propugna a nivel de derecho constitucional y de derecho internacional formulaciones más precisas del *nullum crimen sine culpa*, como podría ser: sólo existe responsabilidad penal cuando el autor del hecho delictivo ha actuado con culpabilidad, resultando inconcebible una noción de ella que no se funde sobre una relación normativa, ni –parigual– nada normativo que no se funde sobre una actitud psicológica real. En la jerarquía del sistema penal interno, propone soluciones tendientes a la consagración del principio en forma absoluta, sin excepciones ni adulteraciones de especie alguna, con prescindencia expresa de criterios presuntivos u objetivos de determinación.¹⁷⁸ Para Schünemann, destacado discípulo de Roxin, “Un abandono de la noción clásica de culpabilidad llevaría a una seria puesta en peligro de nuestro Derecho Penal, presidido por los principios del Estado de Derecho. La sustitución del concepto de culpabilidad por las exigencias de la prevención general destruiría, por tanto, la estructura valorativa contenida en la idea de culpabilidad y que es absolutamente fundamental para el Derecho Penal de un Estado de Derecho, puesto que las consideraciones preventivo-generales pueden fundamentar la utilidad funcional de la pena, pero no su defendibilidad en términos axiológicos”.¹⁷⁹

Los criterios precedentemente citados (desde Cousiño hasta Schünemann), de diversa raigambre, no sólo geográfica, sino por sobre todo, de concreta realidad política y jurídico-penal, representativos de un importante sector de opinión, exponen de manera clara y categórica las consecuencias –altamente riesgosas– que advierten en el abandono de la concepción “clásica”

¹⁷⁸ SCHURMANN PACHECO, op. cit., 34).

¹⁷⁹ SCHÜNEMANN, op. cit., 85).

de la culpabilidad. La defensa –por cierto férrea– del postulado “nulla poena sine culpa”, está directamente vinculada a una específica noción de la culpabilidad, cuya mantención, con las funciones trascendentales que se le atribuyen, es el objetivo primordial del alegato. En el debate sobre mantención o reemplazo del concepto “clásico” de culpabilidad se está mucho más allá de una mera polémica dogmática y político-criminal, aquí se definen, precisa Rusconi, “elementos esenciales de un Derecho Penal respetuoso del Estado de Derecho”.¹⁸⁰

Aun cuando le atribuye a la actitud que pretende renunciar de modo absoluto a la idea de culpabilidad unos “relevantes aspectos positivos”, en particular, que el único fundamento racionalmente verificable de la pena es su necesidad, con total prescindencia de la libre decisión de voluntad del sujeto, Zugaldía Espinar, al mismo tiempo que reconoce que tal criterio conlleva unas dificultades científicas y prácticas importantes, coincidiendo en esto con Córdoba Roda, señala que desde su punto de vista esa posición dogmática no puede ser mantenida en términos absolutos. “Es evidente que la culpabilidad no es en modo alguno un freno al posible terror jurídico que pueda emanar de un Estado autoritario o totalitario”, siendo necesario mantener el concepto de culpabilidad, llevándolo hacia planteamientos más razonables y fines socialmente más útiles que los asignados en la concepción “clásica”, sugiriendo una solución “eclectica”.¹⁸¹

Antonio García Pablos, no obstante ser partidario de una noción de culpabilidad alejada de la idea de reprochabilidad –sustituida por la de atribuibilidad– indica que “...a pesar de ciertos recelos hoy no justificados, debe seguir conservándose el concepto de culpabilidad, valioso límite del ius puniendi...”.¹⁸² Esta posición intermedia –mantener el concepto, pero renovándolo– se advierte en numerosos autores modernos, celosos en asegurar una barrera –la culpabilidad, aunque con otra denominación, contenido y función– frente al poder del ius puniendi estatal.

¹⁸⁰ RUSCONI, op. cit., 144).

¹⁸¹ ZUGALDÍA ESPINAR, op. cit., 125).

¹⁸² GARCÍA PABLOS, op. cit., 51).

En los últimos tiempos, esa férrea defensa del principio de culpabilidad (y del concepto material que refleja su contenido) como pilar básico e irrenunciable –principio rector limitativo y garantista– de todo orden jurídico-penal democrático –que hasta la década de los sesenta nadie había considerado necesaria ni justificada, dado el plácido consenso existente acerca del dogma indiscutido involucrado en aquel postulado– ha sido desarrollada con el fin de salir al encuentro de un fuerte movimiento crítico, en el cual –como apunta Schünemann– debido a la influencia de un Derecho Penal puramente preventivo, ha llegado a ser seriamente discutido si acaso el principio de culpabilidad no habrá de ser desterrado del sistema del Derecho Penal y, con ello, suprimido por completo. En realidad, y como ya se ha expresado, lo que aparece considerado como posible objeto de destierro de la sistemática penal es más bien una determinada noción de la culpabilidad, rechazando quienes pretenden abrogarla, la denuncia de sus detractores en cuanto a una puesta en peligro de las garantías democráticas emanadas del principio, como consecuencia, por ejemplo, de un entronizamiento de la responsabilidad objetiva. Numerosos autores entienden vinculada dicha defensa y negativa a la derogación de la culpabilidad a elementales exigencias garantistas, de alta significación político-criminal. Es útil recordar la cita que de Maximiliano A. Rusconi hicimos en el Capítulo Segundo, por ser en esta parte muy oportuna y esclarecedora: “La esencia político criminal del principio de culpabilidad es ser justamente una garantía. Junto con los axiomas penales y procesales del *nullum crimen sine lege praevia*, *nulla poena sine iudicio*, etc., forma parte de la concepción iluminista de la limitación del Estado. El principio de culpabilidad integra, sin dudas, el mapa ideológico que circunscribe al poder penal”.¹⁸³

4. El debate acerca de la culpabilidad –atacada y defendida en cuanto concepto categorial, fundante y limitativo de la punición– que, en palabras de un autor, demuestra que el principio de culpabilidad está “tironeado” fuertemente por consideracio-

¹⁸³ RUSCONI, op. cit., 144).

nes preventivas¹⁸⁴ y cuya intensidad y pluralidad de puntos de vista distintos los evidencia la nutrida bibliografía existente, se introduce, en general, a través de una configuración político-criminal de la culpabilidad, basada en la teoría de los fines de la pena¹⁸⁵ o mediante su reconducción a la prevención general.¹⁸⁶ La controversia tiene, como ha sido varias veces destacado, un marcado carácter contradictorio, muy bien descrito por Hassemer: “El concepto de culpabilidad alcanza hasta lo más profundo de nuestra experiencia cotidiana y constituye, sin embargo, el concepto jurídico-penal que más ampliamente se ha alejado de la misma”. Destaca este penalista una “erosión” del principio de culpabilidad, “el bombardeo” a que está siendo sometido, la amenaza que le dirigen hoy, tanto en la teoría como en la praxis, los intereses de una Política Criminal eficaz y advierte que “con los intereses preventivos el concepto de culpabilidad mete en casa al enemigo del que tendría que distanciarse enérgicamente”.¹⁸⁷ Stratenwerth, por su parte, sindic a la culpabilidad como portadora de rasgos cada vez más claros propios de un instrumento de prevención y augura la “liquidación” del Derecho Penal clásico a corto plazo.¹⁸⁸

Poner en duda que ha operado y sigue operando un cambio trascendental en el ámbito de la culpabilidad penal, como categoría normativa con titularidad para decidir relevantemente en la fundamentación y limitación de la pena, significaría vivir fuera de la realidad y, como es sabido, una dogmática ignorante de los problemas reales que está llamada a resolver no puede considerarse ciencia. Las nuevas concepciones obligan a reflexionar en profundidad y con serenidad científica y pleno sentido de la realidad –sin fanatismos penales absurdos– acerca de los principios y nociones “clásicas” o “tradicionales”, que han configurado filosófica y políticamente al Derecho Penal desde la derrota del Absolutismo por las conquistas liberales, rigiendo como verdaderos dogmas inmutables e incuestionables, no con

¹⁸⁴ RUSCONI, *op. cit.*, 144).

¹⁸⁵ SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 85).

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ HASSEMER, *op. cit.*, 143).

¹⁸⁸ STRATENWERTH, *op. cit.*, 50).

el fin de abolirlos o sustituirlos, sino más bien de reformular, desde la base crítica y revitalizadora, el sustento ideológico-dogmático-político-criminal y la influencia real de tales postulados, máximas y conceptos fundamentales, buscando convicción –si ello es factible– acerca de su arraigo en la realidad social que las normas penales han de regir para una pacífica autorrealización del ser humano, en su interrelación con los demás.

De todo lo anterior fluye con claridad que es el debilitamiento del concepto de culpabilidad, su “desfiguración”, lo que lleva a la denunciada erosión del principio de culpabilidad, esencial garantía político-jurídica, en otras palabras, es la “crisis” del “contenido” la que arrastra la del “continente”, si bien, como se ha visto, puede estimarse prácticamente conteste la dogmática en torno a la irrenunciabilidad de un principio esencial, garantizador del individuo y limitador del poder punitivo estatal; el consenso y la calma terminan cuando se trata de individualizar y denominar al elemento, concepto o categoría que, como instrumento “ejecutor” del postulado teórico debe actuar –inserto en el sistema penal, formando parte de su construcción– para que la garantía se materialice e identifique al principio limitador con una realidad concreta, rol que ha cumplido hasta ahora la culpabilidad.

“De dogma incontrovertible, axioma indiscutido y principio intangible –sentencia Zugaldía Espinar– la culpabilidad ha pasado a ser rotundamente negada o a convertirse, cuando menos, en materia acerca de la cual resulta muy conveniente cuestionarse sobre su futuro. Estamos ante una evidente crisis de la idea de culpabilidad.”¹⁸⁹

Más recientemente, en el seminario internacional realizado en la Universidad de Coimbra, con ocasión de la investidura como Doctor Honoris Causa del catedrático Claus Roxin, Jorge de Figueiredo Dias, en su balance sobre “Resultados y problemas en la construcción de un sistema de Derecho Penal funcional y racionalmente final”, expresa, con respecto a la temática de la culpabilidad, que en este punto han surgido las mayores dudas y dificultades para la construcción de un nuevo sistema

¹⁸⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, op. cit., 125).

penal. “Se puede incluso afirmar que, en relación con la problemática de la culpabilidad, tras una fase de tranquilidad ha sido cuestionado todo de nuevo o casi todo.”¹⁹⁰

Después de haber tardado siglos en consolidarse y ser consagrado como un principio jurídico-penal por excelencia, en el más alto grado, el concepto de culpabilidad se ha transformado radicalmente y, para muchos, convertido en una imprecisa categoría metafísica, superflua, e incluso, nociva.¹⁹¹

Este proceso –muy notorio, por cierto– de revisión y crítica ha puesto en evidencia que, al menos en varios aspectos que son fundamentales, no continúan siendo apreciados como dogmas incontrovertibles algunos de los asertos y pensamientos que reproducimos para introducir a la materia del Capítulo Primero de esta obra, clásicamente expresivos de la esencia, sentido y funciones de la culpabilidad, al tenor de la denominada concepción “tradicional”. La culpabilidad como institución penal no es –acota Quintero Olivares– un concepto “consolidado”, ni cuenta con fundamentos indiscutibles.¹⁹²

5. En su vastamente conocida sentencia sobre el caso del error de prohibición, el tribunal alemán sostuvo que la pena presupone culpabilidad y que la culpabilidad es reprochabilidad. A través del juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al autor que no se haya comportado conforme a Derecho, que se haya decidido por lo que es contrario a Derecho, aun cuando hubiese podido actuar conforme a Derecho, decidirse a favor del Derecho. Acorde con esta doctrina, para los sentenciadores la raíz interna del reproche de la culpabilidad reside en que el ser humano está constituido para autodeterminarse libre, responsable y moralmente; de ahí su capacidad para decidirse por el Derecho y en contra de lo antijurídico, de conformar su actuación a las normas del deber jurídico y evitar lo que se haya prohibido por el Derecho, y ello, en cuanto ha alcanzado la

¹⁹⁰ DE FIGUEIREDO DIAS, “Resultados y problemas en la construcción de un sistema de derecho penal funcional y racionalmente final”, en op. cit., 107).

¹⁹¹ SCHÜNEMANN, op. cit., 85).

¹⁹² QUINTERO OLIVARES, op. cit., 5).

madurez moral y en tanto su capacidad de autodeterminación libre y moral no se halle suprimida.¹⁹³

Orientado en la misma línea de interpretación judicial citada, el legislador germano introdujo en la fundamentación del proyecto de Código Penal de 1962, esta base ideológica: “El Proyecto se declara a favor del Derecho Penal de la culpabilidad. Esto significa que la pena, que contiene un juicio moral de desvalor sobre el comportamiento humano y que siempre será estimada así, sólo debe ser impuesta, por principio, cuando al delincuente se le pueda reprochar moralmente su actuación. Querer castigar sin este reproche de culpabilidad sería falsificar el sentido de la pena y hacer de ella una medida moralmente insípida de la que se podría abusar para fines políticos. Un Derecho Penal de la culpabilidad supone, ciertamente, que existe una culpabilidad humana, que puede comprobarse y graduarse. El Proyecto cree en estos presupuestos. El concepto de culpabilidad está vivo en el pueblo... Tampoco la ciencia puede privar de fundamento al convencimiento de que existe culpabilidad en el actuar humano, como demuestran las más recientes investigaciones”.¹⁹⁴ Como se advierte, hay en esta propuesta de ley, presentada por el Gobierno, una consagración que podría llamarse “oficializada” de la culpabilidad como reprochabilidad de connotación moral, un expreso compromiso en el plano político-jurídico con una determinada y precisa forma de entender la culpabilidad –absolutamente dominante hasta ese momento– y, por ende, con un Derecho Penal sustentado, en cuanto a fundamento y fines de la pena, en criterios esencialmente retribucionistas.

Objetando los razonamientos y conceptos de la teoría “clásica”, Roxin señala que ellos sólo pueden ser útiles para hacernos saber que la culpabilidad puede existir, pero no la demuestran, sustituyendo la demostración por “un acto de fe”. Pero en tanto la cuestión de la culpabilidad sea interpretada como un problema del conocimiento, el legislador no está legitimado para hacer declaraciones de esa índole. Los problemas

¹⁹³ Supra, Cap. Primero, 2.

¹⁹⁴ Proyecto de 1962, Fundamentación, págs. 16 a 29.

del ser no son de su incumbencia. Roxin le reconoce al legislador autoridad y competencia para dar valoraciones, pero se la niega para ordenar que es posible que alguien puede actuar de un modo distinto a como lo ha hecho.¹⁹⁵ Para Enrique Gimbernat, se tiene la impresión de que hay algo de desesperado en el modo como los juristas se aferran al principio de culpabilidad, confesando abiertamente que es irracional admitir la existencia del libre albedrío y, no obstante, decidiéndose a favor de él, actitud que a la larga es insostenible.¹⁹⁶

Tanto la decisión judicial aludida como la fundamentación del Proyecto adhieren a la idea de la culpabilidad retributiva, de pacífica y no objetada regencia, hasta el momento en que, a poco andar de elaborada esa iniciativa legal, surge un fuerte movimiento en contra, que alcanza gran fuerza y termina por imponerse en Europa, representado sin duda, por el Proyecto Alternativo de 1966. Aun cuando se reconocen, por las tesis retribucionistas, restringidos fines preventivo-generales y preventivo-especiales, la pena es concebida, ante todo y en su esencia, como el mal que se irroga al sujeto infractor para retribuir su culpabilidad y posibilitar la expiación de la misma. En los fundamentos del Proyecto Oficial del 62, se declara expresamente que la pena en primer lugar ha de expiar el delito (Proyecto, Fundamentación, pág. 216) y este principio básico se expresa finalmente de manera inequívoca en el hecho que la retribución de la culpabilidad haya de constituir una barrera para todas las medidas motivadas por fines preventivo-especiales: si la culpabilidad del condenado obliga a la ejecución de la pena, se excluye la suspensión de las penas de prisión hasta nueve meses; si la culpabilidad del autor requiere una pena privativa de libertad, se excluye la sustitución por pena pecuniaria de la pena corta privativa de libertad. El principio retributivo se comporta, de este modo, como “pasador de cierre”, como barrera frente a las innovaciones político-criminales.¹⁹⁷

Muy difundida, como un planteamiento ya realmente “clásico” del sector preventista, es la objeción de Roxin a la teoría

¹⁹⁵ ROXIN, op. cit., 120).

¹⁹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., 58); también *RCP*, supra, cit., 175, págs. 177 y ss.

¹⁹⁷ SCHÜNEMANN, op. cit., 85).

retributiva de la culpabilidad, fundada, esencialmente, en el “poder actuar de modo distinto”, chance ésta cuya no utilización para actuar en favor del Derecho genera la reprochabilidad, la reprobación por la decisión en contra del Derecho.

El Estado –señala Roxin– sanciona a quienes delinquen porque son libres de hacerlo, la posibilidad de comportarse de manera distinta se sustenta en la capacidad individual de autodeterminación y de libre decisión (criterio librearbitrista). La teoría de la retribución es para el profesor germano –cuyas tesis gravitaron ciertamente en la fundamentación y prestigio del Proyecto Alternativo alemán– “científicamente insostenible y desde un punto de vista de política criminal, dañosa”. “Lo científicamente insostenible de esta teoría no emana solamente de la circunstancia anteriormente anotada, a saber, que del supuesto empíricamente dudoso, de haber podido actuar de otra manera no se debieran fundar consecuencias gravosas para el hechor (el mal de la pena). La teoría retributiva tampoco es aceptable –añade el catedrático– porque su premisa de que el injusto cometido es compensado y saldado por la pena retributiva es irracional e incompatible con los fundamentos teórico-estatales de la democracia, o sea, que un mal (el hecho punible) pueda ser anulado por el hecho que se agregue un segundo mal (la pena), es un supuesto metafísico que sólo puede hacerse plausible por un acto de fe. En tanto se derive el poder del Estado de la autoridad divina, se es consecuente al ver al juez como un ejecutor terrenal del juicio penal divino y al otorgarle a su decisión la fuerza para redimir la culpabilidad humana y para la reimplantación de la Justicia. Sin embargo, ya que en la democracia todo el poder estatal (y así también el poder judicial) emana del pueblo, no tiene la decisión judicial una legitimación metafísico-teológica, sino exclusivamente un fundamento racional en la voluntad de los ciudadanos. Esta voluntad puede ser orientada hacia fines de prevención especial o general, pero no a la compensación de la culpabilidad, lo cual escapa al poder humano. La teoría de la retribución es además dañosa desde el punto de vista de la política criminal. Pues, una teoría de la pena que considera como esencia de la pena el “irrogar un mal”, no conduce por ningún camino hacia una ejecución moderna de la pena que sirva a una efectiva prevención del delito.

La ejecución de la pena solo puede ser exitosa en cuanto procure corregir las actitudes sociales deficientes que han llevado al condenado al delito; o sea, cuando está estructurada como una ejecución resocializadora preventiva especial. Para ello, el pensamiento de la retribución no ofrece, en cambio, ningún punto de apoyo técnico. Por todas estas razones, la misión del Derecho Penal no puede consistir en la retribución de la culpabilidad, sino en la resocialización y en las exigencias ineludibles de la prevención general. El pensamiento de la culpabilidad como base de una retribución, en el sentido expresado, no tiene cabida en el Derecho Penal”.¹⁹⁸ La tesis del catedrático alemán ha originado una nutrida literatura, en favor y en contra, vastamente difundida, que no es oficioso reproducir aquí.

Muy conocida –y también intensamente objetada– es la posición “diferenciadora” de Roxin, en cuanto a diversificar a la culpabilidad, como elemento fundante de la retribución y como límite de la pena. “Mi tesis –plantea el autor– que es también la que sirve de base al Proyecto Alternativo alemán occidental [...] consiste en que el concepto de la culpabilidad como fundamento de la retribución no es idóneo y que debe ser abandonado, mientras que el concepto de culpabilidad como principio limitativo debe mantenerse y que en esta función es posible fundamentarlo teóricamente [...] El curso de mi pensamiento se orienta entonces a desligar el concepto de la culpabilidad del concepto de la retribución, con el cual generalmente se le considera unido indisolublemente, y utilizarlo sólo en la medida que sirva para restringir el poder punitivo del Estado. Mediante esta reducción del concepto de culpabilidad a una sola de sus funciones tradicionales, no queda sujeto, pienso yo, a ninguna objeción fundada”.¹⁹⁹ Introduce, en coherencia con esta propuesta, una nueva categoría, la de “responsabilidad”, que ha de materializar las finalidades preventivas que el concepto tradicional de culpabilidad es incapaz de cumplir. Lo decisivo, lo esencial –en la tesis roxiniana– no es poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos de vista jurídico-pe-

¹⁹⁸ ROXIN, op. cit., 120).

¹⁹⁹ Idem.

nales quiera hacer responsable al autor de su actuación. “Por ello, ya no hablaré a continuación de culpabilidad sino de responsabilidad).”²⁰⁰ Este pensamiento sistemático se expone de la siguiente manera: “El injusto (es decir, tipo y antijuridicidad) decide sobre el problema de si a la luz del Derecho Penal una conducta es o no “ajustada a las reglas”; en cambio, la categoría de la responsabilidad responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto. Pues bien, el legislador –al igual que el juez que interpreta su voluntad– sólo puede deducir esa respuesta de los postulados de la teoría del fin de la pena, pues desde el punto de vista de una teoría racional de la imposición de la pena no puede haber otra base distinta para la decisión. El grado de la responsabilidad es, por tanto, el ámbito en que la política criminal referida al autor penetra directamente en la dogmática del Derecho Penal. En la medida que el contenido de los fines de la pena es determinado conjuntamente por conocimientos criminológicos, sociológico-jurídicos y filosófico-jurídicos tropezamos aquí con esa estrecha relación entre dogmática y ciencias básicas, sin cuya consideración una obra articulada se petrifica muy fácilmente, convirtiéndose en lógica conceptual formal”.²⁰¹ En resumen, la exigencia complementaria de una necesidad preventivo-general debe completar la categoría dogmática de la culpabilidad, ésta no es idónea para desencadenar por sí sola la reacción penal –es una condición necesaria pero no suficiente para la imposición del castigo–, requiere del elemento “necesidad preventiva de la pena” que constituye el verdadero fundamento de ella (de la pena).

Enrique Gimbernat y José Cerezo Mir –sostenedores de contrapuestas opiniones en torno al mantenimiento de la culpabilidad y sus funciones– coinciden, sin embargo, en subrayar una inconsecuencia en la propuesta roxiniana, que se plantea, según estos autores, de manera evidente entre la negación de la culpabilidad como fundamento de la pena y su aceptación

²⁰⁰ ROXIN, op. cit., 120).

²⁰¹ ROXIN, “Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales”, en *Problemas básicos del Derecho Penal*, págs. 200 y ss.

como límite de la misma; se acoge como límite algo cuya existencia es indemostrable. “¿Cómo puede algo cuya existencia se pone en tela de juicio, no se conoce, no puede ser probada, cómo puede luego la culpabilidad servir de límite de la pena? ¿Cómo puede medirse la culpabilidad si no existe, perdón, si su existencia no puede ser demostrada? Se exige además este límite de la culpabilidad para la medida de la pena en nombre de la libertad humana, como garantía de la libertad humana. Pero, ¿de qué libertad?, si no se puede demostrar el libre albedrío, si no se puede demostrar la posibilidad concreta de obrar de otro modo. ¿De qué libertad se está hablando, qué libertad aquí se quiere garantizar?” La opinión de Cerezo Mir, autor de las reflexiones interrogativas precedentemente citadas –vertida en el coloquio de Santiago de Chile– apunta a que las deseables garantías referidas a los derechos individuales, a la libertad humana son inseparables, como todo el sistema democrático, de la persona como ser responsable, como persona y como un ser capaz de regirse por criterios normativos de deber ser, del sentido de la verdad o del valor.²⁰² En ese mismo encuentro científico, Enrique Gimbernat expuso: “...no veo cómo si no se cree en la culpabilidad luego se la introduce por la vía de la limitación. O bien se cree en la culpabilidad y entonces se fundamenta la pena en la culpabilidad o bien, no se cree en la culpabilidad y entonces no hay que tomarla en cuenta”.²⁰³

También Muñoz Conde objeta esa “contradicción difícilmente superable” del jurista alemán, advirtiendo que “primero concede que la culpabilidad es un concepto ficticio de raíces metafísicas, incapaz por sí solo de servir de fundamento a la imposición de una pena, luego, sin embargo, atribuye a ese concepto ficticio nada menos que una función limitadora del poder de intervención estatal. La culpabilidad, cuyo contenido sigue siendo el tradicional cuestionado por casi todos, e incluso por el propio Roxin, aparece y desaparece como un fantasma al que sólo se da beligerancia cuando interesa buscar un ángel guardián o protector que asuste al “coco” del Leviathan estatal

²⁰² CEREZO MIR, op. cit., 175).

²⁰³ GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., 190).

y que, en cambio, se oculta cuidadosamente cuando se trata de justificar o fundamentar la intervención del Estado”.²⁰⁴

Juan Bustos Ramírez llama la atención sobre las graves contradicciones de la “concepción transaccional” de Roxin: si se ha planteado que el fundamento es de carácter metafísico, luego no adecuado para resolver conflictos sociales prácticos, con menor razón, entonces, podrá poner un límite a estos. Por otra parte, tal concepto de culpabilidad sólo protegería a los culpables, mas no a los incapaces de culpabilidad, surgiendo, por último, un conflicto no resuelto entre culpabilidad y responsabilidad, ya que se trataría de dos categorías absolutamente diferentes, que se referirían a un idéntico objeto, la función de la pena.²⁰⁵

Otro autor americano, Edgardo Alberto Donna, ocupándose del antagonismo entre culpabilidad y prevención, puntualiza que un problema no resuelto en todas las teorías que buscan cambiar todo el contenido de la categoría de culpabilidad o reemplazarla, es que, después de negarla, ella se presenta, cual “fantasma”, como forma de limitar la pena.²⁰⁶

En opinión de Núñez Barbero, si se exige, al tenor de la tesis roxiniana, que la culpabilidad opere como límite de la medida de la pena, es decir, que ésta no puede rebasar la medida de la culpabilidad, ello implica, necesariamente, el reconocimiento de que la culpabilidad es, al menos, uno de los fundamentos de la pena; si la culpabilidad ha sido antes desechada como base y fundamento de la pena, no se la puede tampoco utilizar como medida de la pena.²⁰⁷

El razonamiento de Lenckner es que si la culpabilidad es un factor limitador de la pena, igualmente debe ser también presupuesto de ella.²⁰⁸ Muy enfática es la crítica de Quintero

²⁰⁴ MUÑOZ CONDE, op. cit., 102).

²⁰⁵ BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y dogmática”, en *El poder penal del Estado*, homenaje a Hilde Kaufmann, 1985, págs. 123 y ss.

²⁰⁶ DONNA, “La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos”, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, supra, 37), págs. 251 y ss.

²⁰⁷ NÚÑEZ BARBERO, “Derecho Penal y política criminal”, en *D.P.*, año 4, N° 13 a 16, 1981, págs. 479 y ss.

²⁰⁸ Lenckner, “Schuld und Schuldunfähigkeit”, en *Handbuch für forensische Psychiatrie*, I, A, 1972, pág. 18.

Olivares, para quien la pretensión de afirmar la culpabilidad en la teoría del delito y negar su utilidad para el establecimiento de la pena, invocando la “función limitadora” para tender un puente entre la culpabilidad en el delito y la culpabilidad en la pena, es postular la “cuadratura del círculo”. Si la culpabilidad puede “limitar” es porque se conocen los elementos que permiten un juicio de culpabilidad y, en ese caso, puede y debe tomarse en cuenta al momento de determinar y fundamentar la pena. Dice entender que el gran escollo para la teoría de Roxin es el cúmulo de problemas presentes a la hora de fijar el exacto sentido de la idea de culpabilidad, que lo lleva a optar por considerar que algo tan importante como la pena no puede no puede fundamentarse en un concepto, cuando menos, discutible e impreciso. Siendo esto así (acepta la conclusión de imposibilidad de emplear la culpabilidad como fundamento), “si no sirve para fundamentar, tampoco sirve para limitar”.²⁰⁹

La función protectora que Roxin atribuye a la culpabilidad es puesta en duda de manera drástica, en cuanto a su pretendida amplitud y eficacia, especialmente por Haffke²¹⁰ y Baurmann,²¹¹ a quienes les choca que los que no tienen “la fortuna” de ser culpables, quedan al margen de la protección y a merced de la violencia de las coerciones estatales. Unas líneas más arriba hemos citado la opinión de Bustos Ramírez en el mismo sentido, en cuanto a que la concepción de la culpabilidad de Roxin sólo ampararía a los culpables, pero no a los incapaces de culpabilidad.

Hans Achenbach, discípulo de Claus Roxin, discrepa de la opinión de su maestro, respecto de mantener una terminología –culpabilidad– con la que se está familiarizado, ya que esta expresión representa un importante impedimento para una aprehensión diferente y estrictamente jurídica de la materia, libre de implicaciones de psicología profunda y asociaciones perturbadoras. A su juicio, debe renunciarse por completo al término

²⁰⁹ QUINTERO OLIVARES, “Política criminal y determinación de la pena”, en *Doctrina Penal*, año 1, N^{os} 1 a 4, 1978, págs. 41 y ss.

²¹⁰ HAFKKE, “Sozialwissenschaften im Studium des Rechts”, t. III, Strafrecht, edit. Hassemer y Lüderssen, 1978, pág. 163.

²¹¹ BAURMANN, “Schuldlose Dogmatik”, en *Seminar Abweichendes Verhalten, IV, Kriminalpolitik und Strafrecht*, ed. Lüderssen y Sack, 1980, pág. 242.

impreciso y confuso de culpabilidad, pero no acepta la categoría sistemática de la “responsabilidad”, se pronuncia en favor del concepto “imputación individual” y con ello, opta por “la posibilidad de imputar individualmente el hecho injusto”.²¹² Schünemann, otro destacado discípulo de Roxin, rechaza la sustitución total de la categoría jurídico-penal de culpabilidad por la necesidad preventiva general de la pena, haciéndose cargo de las teorías funcionalistas, en particular, la de Jakobs, adhiriendo “sin reservas” a la propuesta de su maestro, de sólo completar aquella categoría con los requerimientos preventivos, originándose para la reunión de ambos elementos la nueva categoría sistemática de la “responsabilidad”.²¹³

Entre los penalistas hispanos, Gómez Benítez comparte la tesis de Achenbach, de renunciar definitivamente al término “culpabilidad” y sustituirlo por el de “imputación individual”; fundamenta –como ya lo indicáramos en anterior capítulo– la pretensión de erradicar el concepto material de culpabilidad del Derecho Penal –vinculado, en su opinión, a juicios morales o éticos de disvalor– en el rechazo a la existencia de un derecho objetivo y moral al reproche, configurándose, sobre la base de rechazar la reprochabilidad “fundante” y “limitativa”, un Derecho Penal eminentemente preventivo.²¹⁴

Zugaldía Espinar prescinde del concepto tradicional de culpabilidad y del principio según el cual ella –la culpabilidad– es el fundamento de la pena. Entiende a la culpabilidad como un juicio normativo que permite afirmar “la atribuibilidad” de la acción típica y antijurídica a su autor. Este juicio de culpabilidad –privado de toda coloración y reproche moral– que sirve de base a la simple atribuibilidad o normal pertenencia de la conducta a su autor, no puede representar el fundamento o base de la imposición de la pena. En otras palabras, la culpabilidad (atribuibilidad) no puede fundamentar la pena, el único fundamento de esta es su necesidad. La culpabilidad es “presupuesto” de la pena, “hace posible su imposición” –no la fundamenta– y además, cons-

²¹² ACHENBACH, “Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad”, en *El sistema moderno del Derecho Penal, cuestiones fundamentales*, supra, 83), págs. 134 y ss.

²¹³ SCHÜNEMANN, op. cit., 85).

²¹⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, op. cit., 52).

tituye el límite de la facultad punitiva estatal. Reconoce que, en cierta medida, se está ante un juego de palabras, “presupuesto” en vez de “fundamento” (aspecto ya aludido en el Capítulo Segundo), la culpabilidad, más que fundamentar la pena, “hace posible su imposición”.²¹⁵ Por su parte, Octavio Toledo y Ubieta y Susana Huerta Tocildo, no abandonan definitivamente la categoría de la culpabilidad, sino que partiendo de premisas distintas a las de la concepción normativa, la sustituyen –adhiriendo al criterio de otros penalistas ya mencionados– por la de “atribuibilidad”; estiman que el concepto de culpabilidad, redefinido como “atribuibilidad jurídica”, debe ser mantenido, al margen de la polémica a menudo estéril, entre deterministas e indeterministas, hallándose su esencia en la “motivabilidad” del sujeto –criterio de Mir Puig– en contra de la realización del delito, entendida como la aptitud psíquica de autorregulación de la conducta por miedo al castigo penal,²¹⁶ motivabilidad que depende de la cognoscibilidad que el sujeto tenga respecto a la norma. El punto, sin duda complejo, de discrepancias dogmáticas y político-criminales que hemos anotado precedentemente (citando únicamente algunas opiniones representativas de cada corriente más significativa), traduce en todo su vigor –y de manera actualizada– la clásica disputa entre los criterios vinculados a la pena retributiva (aunque sea con matices y en forma muy limitada, como en las teorías de la unión o eclécticas) y los defensores de un Derecho Penal esencialmente preventivo, en el cual la culpabilidad, o bien debe dejarse de lado derechamente, o bien debe, para mantenerse vigente, ser sustituida en su esencia y cometido y/o adicionada con otros elementos.

En la década de 1960, a poco tiempo de haber aparecido en Alemania el proyecto de Código Penal (proyecto oficial) de 1962, comienza de manera sostenida a proclamarse el abandono del modelo retributivo, conjuntamente con “el adiós a Kant y Hegel”.²¹⁷ Se rompe abiertamente con las concepciones denunciadas como “moralizantes” y con los “postulados metafísicos”, surge

²¹⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, op. cit., 125).

²¹⁶ DE TOLEDO y UBIETO y HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal, Parte General*, págs. 281 y ss.

²¹⁷ KLUG, EN BAUMANN, “Programm für ein neues Strafgesetzbuch”, 1968, págs. 36 y ss.

el movimiento de restauración preventiva y la defensa de un Derecho Penal “orientado a fines y consecuencias”, más allá de la retribución por el delito cometido y la expiación de la culpabilidad personal”.²¹⁸ En el ámbito de “lege ferenda”, destaca el fuerte embate que en contra de las orientaciones clásicas (retribucionistas) del Proyecto Alemán de 1962, dirige el Proyecto Alternativo Alemán de 1966, redactado por reputados penalistas alemanes y suizos, en cuyo programa político-criminal, de explícita opción preventista, puede escucharse –según la hermosa invocación de Roxin– “la voz de Von Liszt casi hasta en la elección de las palabras”.²¹⁹ La compensación retributiva de la culpabilidad, señalada por el proyecto del gobierno en primer término entre las misiones de la pena, está descartada en el Proyecto Alternativo –de manera enfática– a través de su “proclama antirretribucionista”, contenida en las siguientes declaraciones: “Penas y medidas de seguridad sirven a la protección de bienes jurídicos y a la reincorporación del sujeto en la comunidad jurídica” (Directriz Programática, Par. 2º); “El Derecho Penal asegura el prevalecimiento del orden pacífico, necesario para el hombre de Derecho [...] Imponer la pena no es un proceso metafísico, sino una amarga necesidad dentro de una comunidad de seres imperfectos como son los hombres” (Exposición de Motivos, pág. 29).

6. De acuerdo con el artículo 27, apartado tercero de la Constitución italiana, “Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentimiento de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado”. La segunda parte de la disposición contiene –en opinión de Francesco Palazzo– “una elección de valor”, constituye “un dictamen positivo de finalidad”. La afirmación del principio reeducativo de la pena tiene un carácter casi revolucionario, ya que se trata de una opción “rompedora e innovadora”, dado que ha sido elegida por la Constitución sin querer adherir expresamente a una u otra escuela de pensamiento penalista.²²⁰

²¹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, op. cit., 125).

²¹⁹ ROXIN, “Franz Von Liszt y la concepción político-criminal del proyecto alternativo”, en *Problemas básicos del Derecho Penal*, 1976, págs. 37 y ss.

²²⁰ PALAZZO, op. cit., 30).

Conforme al artículo 24.2 de la Constitución española, las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y la reinserción social de los penados y no podrán consistir en trabajos forzados.

En el derecho latinoamericano, el proyecto de Código Penal argentino (Parte General), redactado por la subcomisión de reforma del Código Penal, en 1975, declara que “Las penas persiguen principalmente la reinserción social del condenado”. A su turno, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, N° 24.660, de 8 de julio de 1996, proclama en su artículo primero, que “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”.

En el nuevo Código Penal boliviano, texto ordenado según Ley 1.768, de 1997, el artículo 25, que encabeza el capítulo de “Las Penas”, establece que: “La sanción comprende las penas y las medidas de seguridad. Tiene como fines la enmienda y la readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas en general y especial”. En todo caso, y como se destacó en el Capítulo Primero, este Código se pronuncia expresamente por la culpabilidad como “reprochabilidad”, noción ésta, vinculada, según opinión cada día más extendida, a las tesis retribucionistas, situándose, desde esta perspectiva, el cuerpo legal aludido en una opción “eclectica” o “unitaria”, de “cohabitación” (unión) entre retribución y prevención.

En la misma orientación del Proyecto Alternativo alemán, la Constitución paraguaya de 1992, declara en su artículo 20, sobre “Del objeto de las penas”, que “Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad”.

En Chile, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, publicado en el Diario Oficial el 21 de agosto de 1998, asigna en su artículo primero a la actividad penitenciaria que se regirá por dicha normativa, entre otros fines primordiales, el de desarrollar la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o substitutivas de ellas.

En el ámbito de los instrumentos jurídicos internacionales, cabe citar la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 5º, acápite 6, prescribe: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

7. Con las tendencias reformadoras preventistas se reintroduce vigorosamente el pensamiento teleológico, la vuelta a Von Liszt, “corsi e riccorsi”.²²¹ A esta reedición de una manera diferente de entender el sistema penal, situándolo como un orden actuante en la realidad social y abierto a ella –“sin olvidar la norma, el jurista penal se vuelve a contemplar la praxis”–²²² contribuye fuertemente lo que se inicia como acercamiento y culmina en estrecha interrelación, comunión o fusión entre dogmática penal y política criminal: “Die gesamte Strafrechtswissenschaft”, la ciencia penal conjunta, postulada por Franz Von Liszt y Adolf Dochow. Pero se busca ir más allá que lo postulado por aquellos maestros, se quiere superar el dualismo lisztiano –la antinomia Derecho Penal y Política Criminal, la contraposición ideológico-política entre sociedad e individuo, la separación entre lo normativo y lo real– “mediante la apertura de la dogmática a la realidad social y al problema del caso concreto”.²²³

Se da nacimiento en esta etapa a la dialéctica sistema-problema, pensamiento problemático tendiente al sistema y pensamiento sistemático abierto al problema. La primacía no ha de atribuirse lógicamente ni a la regla abstracta ni al hecho real concreto que aquella gobierna, “la dogmática debe abrirse críticamente a la realidad social y a la significación del hecho concreto”.²²⁴ Se le exige al Derecho Penal que opere críticamente sobre la realidad social y a esta que influya de igual modo sobre aquél, cuando no está acorde con las realidades y los requerimientos sociales. Württemberg es muy claro al respecto: “El concreto problema jurídi-

²²¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, “Corsi e Riccorsi”, la vuelta de Von Liszt, en *NPP*, año 1, enero-abril 1972, N° 1, págs. 191 y ss.

²²² FERNÁNDEZ, op. cit., 83).

²²³ NÚÑEZ BARBERO, op. cit., 202).

²²⁴ NÚÑEZ BARBERO, ídem; cfr. Müller-Dietz, “Sozialwissenschaften und Strafrechtsgenomik”, en *Strafrechtsgenomik und Kriminalpolitik*, 1971, págs. 149 y ss.

co es también y siempre un problema de la vida y los conceptos jurídicos son válidos solamente referidos a problemas concretos. Por consiguiente, las nociones y estructuras sistemáticas elaboradas por la ciencia penal deben ser ligadas a problemas de la vida y no deben permanecer a priori ajenas a la realidad”.²²⁵ Se ha vuelto imperioso –señala Gonzalo Fernández– tender puentes de integración entre ciencia y práctica penal, dado que tienen la meta común de resolver conflictos sociales.²²⁶

Stammler, a quien lamentablemente hemos dejado de seguir, inmersos demasiadas veces en abstractas elucubraciones doctrinarias, alejadas de toda finalidad práctica y otras veces, obsesionados por la mera y simple praxis, olvidando el imprescindible sustento ideológico (valorativo), fue muy certero en su consejo: el científico debe oler el polvo de los expedientes, pero el práctico también ha de aspirar el polvo de las bibliotecas.²²⁷

Se advierte la necesidad de mantener una adecuada conexión entre el pensamiento normativo y la realidad social, el sistema cerrado –autosuficiente– que se basta a sí mismo y en el cual no hay diálogo entre el Derecho Penal y las ciencias sociales, debe ser abandonado; “la incorporación a la dogmática penal de las finalidades político-criminales transforma la dogmática de un sistema cerrado a un sistema abierto, y por tanto, en continua renovación y creación”.²²⁸ A este respecto, Sergio Moccia plantea que “Un sistema de Derecho Penal orientado axiológicamente por principios de política criminal tiende a convertirse en una construcción dogmática próxima a la realidad, caracterizada por el orden conceptual y por la claridad”. Una comunicación estrecha entre las normas jurídicas y la realidad social –agrega– es la premisa para la construcción de un sistema que aspire a expresar una “lógica” asumible por sus destinatarios y, coherentemente, que persiga perspectivas de viabilidad. Este camino permite asegurar que la dogmática penal tiende a desprenderse de aquellos caracteres casi esotéricos que

²²⁵ WÜRTEMBERGER, cit., por Núñez Barbero, op. cit., 202).

²²⁶ FERNÁNDEZ, op. cit., 103).

²²⁷ STAMMLER, en Bacigalupo, *Técnica de resolución de casos penales*, págs. 19-20.

²²⁸ BUSTOS, “Política criminal y dogmática”, en *El Poder Penal del Estado*, págs. 123 y ss.

representaban para ella un notable lastre.²²⁹ La dogmática y la política criminal son reconocidas como ámbitos independientes, pero que se compenetran y necesitan en múltiples aspectos. Es misión de la dogmática, en el marco de la Política Criminal, conseguir posibilidades de solución acordes con el sistema para objetivos político-criminales. La Política Criminal parte de un sólido fundamento cuando mantiene sus soluciones de acuerdo a la evolución de la dogmática, así como viceversa, la dogmática ha de desarrollar sus soluciones en el marco de la concepción global político-criminal, dado que su efectividad se mide igualmente según su valor para la realización de los objetivos político-criminales. Es oportuno recordar el vaticinio de Tröndle sobre la antedicha vinculación de las dos disciplinas: “La dogmática del Derecho Penal será en el futuro lo que lleve a cabo la Política Criminal”.²³⁰

8. Con las modernas concepciones sistemáticas, que transitan de la mano con las demandas de cambio –político-criminales–, la discusión en torno al concepto y funciones de la culpabilidad se orienta hacia los fines de la pena y con ello, toca lo que ha sido el real y permanente objetivo neurálgico de los esfuerzos desplegados durante siglos por los penalistas: el fundamento, la función y los fines de la pena, conceptos en los cuales –por arduamente debatidos– se agita en el fondo la esencia de “lo problemático” del Derecho Penal. Si sólo la culpabilidad actúa como fundante de la pena, ello imprime –según opinión dominante– una determinada fisonomía, un determinado sentido al sistema penal, desde la perspectiva de los objetivos asignados a la pena. Al respecto, es pertinente citar a Quintero Olivares, para quien es posible afirmar sintéticamente, “que si la pena se funde sólo en la culpabilidad y no atiende más que a la retribución, estamos ante un derecho penal culpabilista y retribucionista”.²³¹ Entendemos que un Derecho Penal culpabilis-

²²⁹ MOCCIA, “Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente”, en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*, 1995, págs. 73 y ss.

²³⁰ TRÖNDLE, *NJW*, 1973, pág. 32.

²³¹ QUINTERO OLIVARES, op. cit., 5).

ta no es per se incompatible con la consecución de fines esencialmente preventivos, reconociéndose la naturaleza inevitablemente retributiva de la pena, como ocurre en las posiciones “sincréticas”. No obstante, tiene razón el autor español cuando precisa que “En suma, pues, las características de la pena comportan las características mismas de todo el sistema punitivo, al menos, en lo esencial”.²³² “Evidentemente –apunta Hassemer– los fines de la pena, como teorías que indican la misión que tiene la pena pública, son un medio adecuado para concretar el juicio de culpabilidad. Al dar sentido a la pena, pueden también dársele al juicio de culpabilidad. Una concreción del juicio de culpabilidad desde el punto de vista de los fines de la pena promete, además, una armonización del sistema jurídico-penal, un encadenamiento material de dos sectores fundamentales, que son objeto hoy de los más graves ataques por parte de los críticos del Derecho Penal”.²³³ Esta realidad explica –en opinión del tratadista– que resulte difícil encontrar algún autor que no se haya dedicado –con mayor o menor profundidad– a la “crisis” que afecta al principio de culpabilidad, en otro tiempo bastión inexpugnable del Derecho Penal “clásico”.²³⁴

Prevención general y prevención especial, en cuanto únicos e irrenunciables fines de la sanción penal, destronan a la concepción retribucionista, poniendo con ello en jaque a la categoría dogmática de la culpabilidad, como legitimadora de la punición de “quia peccatum est”. Renacen, con especial énfasis y a través de intensa divulgación en el pensamiento jurídico-penal moderno, las teorías relativas de la pena, los criterios de la pena necesaria, exigida y justificable sólo por la consecución de fines socialmente útiles, en particular, de prevención especial, que vayan más allá y no se agoten en el mero mal propio de la pena, del sufrimiento físico y moral del infractor. “La pena, como fin en sí misma –ha dicho Contento– es un concepto que podemos declarar definitivamente superado.”²³⁵ La conciliación entre la naturaleza retributiva de la pena y los fines preventivos

²³² QUINTERO OLIVARES, op. cit., 5).

²³³ HASSEMER, op. cit., 143).

²³⁴ Idem.

²³⁵ CONTENTO, *Crisi e avvenire de la pena carceraria*, Milán, 1964, pág. 12.

de la misma (teorías de la unión), no representa un argumento tan poderoso como para contener el avance del “ricorsi” preventivo. Sin embargo, a poco andar, las críticas y objeciones a las tesis preventistas no tardaron en hacer oír su voz y con mucha estridencia. Sobre todo, la prevención especial es el blanco predilecto de los dardos opositores. El “mito” del tratamiento del delincuente, la “utopía” de la resocialización, son términos descalificadores que involucran ácidas críticas contra la prevención especial, apoyadas en el fundamento –muy sólido y difícil de contrarrestar– de la defraudatoria experiencia práctica. De “falsía resocializadora” habla Roberto Bergalli, al caracterizar a la “ideología de la resocialización”.²³⁶ En un artículo vastamente conocido, publicado en 1972, en el libro homenaje a E. Heinitz, sostenía Karl Peters que el pensamiento de la resocialización podría ganar muchas “batallas”, pero que había perdido ya la “guerra”.²³⁷

En su valioso ensayo sobre “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, Muñoz Conde, refiriéndose al Anteproyecto de Ley General Penitenciaria española y a las leyes penitenciarias alemana e italiana, hace presente que la saludable y digna de elogio decisión adoptada por esos legisladores, de poner como fin de penas y medidas la “reeduación”, “reinserción social”, “resocialización del delincuente”, llega en un momento (fines de la década de 1970) en el que empiezan a escucharse por todas partes quejas y aun a exponerse serias dudas sobre las posibilidades de la realización práctica y aún sobre la real necesidad de la resocialización del delincuente. El optimismo en la idea de resocialización ha sido sin duda excesivo “y hasta tal punto acrítico que nadie se ha ocupado todavía de rellenar esta hermosa palabra con un contenido concreto y definitivo”. Es la misma indeterminación del concepto lo que impide su control racional y análisis crítico, todos hablan de “resocialización” aunque desde diversas y opuestas ideologías y, por supuesto, con finalidades también distintas. En un “Modewort”, en una palabra de moda ha devenido

²³⁶ BERGALLI, “Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España”, en *D.P.* 1986, págs. 577 y ss.

²³⁷ PETERS, “Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs und Erziehungsvorzuges”, en *Festschrift für E. Heinitz*, pág. 501.

el término resocialización, que todo el mundo –no sólo los juristas– emplea, “sin que nadie sepa muy bien lo que se quiere decir con ello”. Esto no habría sucedido, opina Muñoz-Conde, si desde el primer momento se hubiera delimitado claramente la finalidad y contenido del concepto. El paso desde una creencia optimista, alegre y confiada en la resocialización a un escepticismo amargo, pero realista, que pone en duda la idea misma de resocialización y todos sus derivados, tiene razones muy profundas, vinculadas a la crisis actual del propio Derecho Penal, sus íntimas contradicciones, sus fracasos en un mundo en que el Derecho Penal se halla profundamente desacreditado por la realidad de sus propios fines.²³⁸

Entre los autores de habla alemana, Heinz Zipf, refiriéndose a la “menguante estimación valorativa de la idea de resocialización”, hace mención a la “euforia verbal” producida en torno a la resocialización, que se desvaneció en la medida que las circunstancias fácticas de la ejecución quedaron ampliamente atrás. De ello derivó una creciente discrepancia entre “pretensión” y “realidad”, a partir de la cual se dedujo la ineffectividad de los esfuerzos resocializadores bajo las condiciones de la vigente ejecución penal. Aquí se hizo patente el peligro de la disnea respiración de la política criminal.²³⁹

A su turno, Antonio García Pablos de Molina, en penetrante ensayo sobre “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, lectura obligada para el interesado en estos problemas, introduce a su obra denunciando la existencia de muchas paradojas y aparentes contradicciones: Desde concepciones afines –de uno u otro signo– se discrepa abiertamente en cuanto a la adaptación o no aceptación del ideal “resocializador”. El resultado es sin duda paradójico: ¿cómo se explica que desde un planteamiento conservador y moralizante, como el de Karl Peters, y el de Stiller –que refleja la doctrina oficial de un país socialista– se coincida en propugnar un “programa máximo resocializador”? ¿Por qué tanto desde los esquemas del Derecho Penal “liberal” –de la pena retributiva– como desde los postulados de la criminología crí-

²³⁸ MUÑOZ CONDE, en Libro homenaje a Antón Oneca, 1982, págs. 377 y ss.

²³⁹ ZIPF, *supra*, op. cit., 148).

ca se rechaza igualmente la idea de la “resocialización”? ¿Por qué desde una óptica común liberal, se discute la conveniencia de un programa “máximo” o “mínimo” resocializador; o discrepan, de forma tan ostensible al respecto, los autores marxistas de las democracias populares y los neomarxistas de las democracias occidentales? Lo que subyace tras todas estas paradojas y contrasentidos no son sólo palabras o modas, según el autor. Si bien es efectivo que el término “resocialización” está de moda, por cuanto lo asociamos a la idea de “antirretribucionismo”; si bien es cierto que todos usamos el mismo término, sin la debida precisión; a veces, sin saber exactamente lo que se quiere afirmar y lo que de hecho se afirma. La pronta imprecisión del concepto, y su elasticidad, han influido, también, en su pronta y acrítica recepción en el mundo del Derecho sin las debidas verificaciones previas en cuanto a su contenido. Sin embargo, la polémica sobre la resocialización, lejos de ser una polémica vacía, suscita los problemas más acuciantes del Derecho y obliga a plantear y definir la concepción del hombre, de la sociedad, las relaciones entre uno y otra, y la propia función del Derecho.²⁴⁰

Está muy claro que la “resocialización” no es simplemente una alternativa posible entre los fines asignables a la pena, frente a la cual el jurista deba decidirse –como en un “test” de su actitud– a favor o en contra de la resocialización. El sí del penalista se interpretará generalmente como signo de “actitud progresista”; el no como expresión de un tradicional –y rechazable– retribucionismo. Tales respuestas, el sí y el no de la resocialización, observa García Pablos, no pasarán más allá del estadio de los mitos, utopías y eufemismos, a los cuales se adhiere o no, si no se cuenta con una precisión previa fundamental: ¿Qué se entiende por la resocialización?, ¿cuál es el modelo de sociedad que se toma de referencia?, ¿cuáles son las normas y valores básicos de la misma?, ¿qué grado de aproximación ha de exigirse al individuo respecto de las pautas del grupo y por qué medios pretende conseguir dicho acercamiento o identificación? El pensamiento de la resocialización lo

²⁴⁰ GARCÍA PABLOS, “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal, utopía, mito y eufemismo”, en *ADPCP*, t. XXXII, fasc. III, págs. 645 y ss.

caracteriza García Pablos como “un cajón de sastre y una caja de sorpresas”. “Un lema bajo el cual militan muy distintas concepciones del Derecho. Hay en él muchas y nobles esperanzas, pero también muchas y absurdas contradicciones, utopías, mitos, e incluso bellas palabras que encubren engañosos afanes represivos.”²⁴¹

En nuestro país, es frecuente comprobar que personajes públicos y organizaciones políticas o sociales vinculadas a la problemática del delito y la delincuencia, sustentan con gran énfasis a través de los “mass media” una total adhesión a los objetivos resocializadores que las sanciones penales deben perseguir, que el castigo debe lograr una finalidad socialmente útil, que debe enseñarse a trabajar a los penados, a educarse, a “ser reintegrados”, etc. Empero, estas mismas voces suelen alzarse enfurecidas, cuando se plantea, de tanto en tanto, el trágico dilema de la aplicación de la pena de muerte a un condenado y la facultad presidencial soberana de indultar, exigiendo aquellos “resocializadores” la cabeza del culpable, “a fin de proteger a la sociedad”. Más allá de las complejas y distintas soluciones que pueden ofrecerse al problema de la “resocialización”, creemos nuestro deber el adherir, sin reserva, al razonamiento de García Pablos, en cuanto a que ha de desconfiarse de todo programa resocializador que prescinda del ser humano y cuente sólo con las estructuras. “Los planteamientos ‘despersonalizados’ terminan siendo inhumanos.”²⁴² Mal puede “resocializar” o “socializar” aquello que por esencia, “desocializa”, como la cárcel que conocemos en nuestras naciones. Todo esto nos demuestra que no debemos cesar en la búsqueda de una “progresiva racionalización” del Derecho Penal, anteponiendo esta meta a su desaparición.

La crisis de la ideología del tratamiento provoca una “huida” de la doctrina hacia la prevención general,²⁴³ para, desde el plano de la teorización del fundamento y fin de la pena, encontrar un “rearme” teórico con el que afrontar la reconstrucción o substitución, según los casos, del concepto de culpabilidad

²⁴¹ GARCÍA PABLOS, “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal, utopía, mito y eufemismo”, en *ADPCP*, t. XXXII, fasc. III, págs. 645 y ss.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ QUINTERO OLIVARES, *supra*, op. cit., 5).

del individuo en aras del interés general y con la tendencia hacia la extralimitación y el “terror penal”.²⁴⁴ Para enfrentar estos ataques y postular una tesis preventivo-general diferente a la “intimidatoria” o “negativa” (que ya Hegel había asimilado a alzar el bastón contra un perro), surge la “prevención general de integración” o “prevención general positiva”, cuyo principal defensor es Jakobs, teoría que, calificada por Roxin en su *Tratado*, como “casi dominante”, “se alza ahora –según Schünemann– con impresionante rapidez, como el ave fénix desde sus cenizas”.²⁴⁵

La prevención general positiva pretende –sostiene Mercedes Pérez Manzano– buscar una salida fuera de los tradicionales fines retributivos, preventivo especial y preventivo general negativo, que no han conseguido solventar sus críticas. La crisis de la resocialización y el imposible regreso a la retribución se apuntan como causas que han contribuido decisivamente al surgimiento de la prevención general positiva y su auge. El desaliento de los países que en las décadas pasadas llevaron a la práctica tratamientos resocializadores sin resultados positivos, en relación a las tasas de reincidencia, la elevada cifra negra de delitos que pone en tela de juicio el efecto de neutralización del delincuente y la dificultad de conciliar las “ideologías del tratamiento” con las garantías del Estado de Derecho, han llevado a la doctrina penalista a buscar el fin de la pena por derroteros distintos a la prevención especial, con plena conciencia –por otro lado– que la vía de solución no puede hallarse en la retribución.²⁴⁶ Esta versión “renovada” de la prevención general se dirige a mantener y robustecer, a través de la amenaza y ejecución de la pena, la confianza general de los ciudadanos en la fuerza estabilizadora y prevalente del ordenamiento jurídico; por consiguiente, la tarea del sistema penal consiste en evidenciar la inquebrantabilidad de ese orden ante la comunidad jurídica y de este modo, fortalecer y asegurar la fidelidad del colectivo social al Derecho.

²⁴⁴ BUSTOS, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 1989, págs. 23 y ss.

²⁴⁵ SCHÜNEMANN, *supra*, op. cit., 85).

²⁴⁶ PÉREZ MANZANO, “Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena”, en *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, edit. Jesús María Silva Sánchez, 1976, págs. 73 y ss.

9. Siguiendo a Roxin, pueden distinguirse tres finalidades y efectos diversos de la pena: un efecto didáctico (de motivación sociopedagógica) en cuanto ejercitamiento de la fidelidad al Derecho, en el sentido de Jakobs; un efecto de confianza, si el ciudadano verifica que el Derecho prevalece y finalmente, uno de satisfacción, si con la sanción por el quebrantamiento del Derecho se considera apaciguada la conciencia jurídica general y concluido el conflicto con el autor (lo que podría denominarse también “prevención de integración”).²⁴⁷

No son pocos los temores ni menores las aprensiones que genera esta nueva versión preventivo-general. Son de gran interés las recientes críticas de Von Hirsch y Hörnle, quienes, con particular énfasis, ponen en duda la legitimidad de la pena en el plano de la sociología por la influenciabilidad del sentimiento colectivo de la justicia a través de medidas arbitradas en función del mismo. Estos autores niegan a la prevención general positiva la aptitud de fundamentar el Derecho Penal y señalan que se basa en una premisa extraída ocultamente de la teoría retributiva. Se preguntan estos críticos: ¿cómo puede influirse positivamente en la confianza de la comunidad en el Derecho a través de la pena impuesta a un individuo, si no se da por supuesto que esta es adecuada al principio de la justicia? Si la sanción impuesta a un infractor no es en sí misma conforme con el principio de justicia, aunque la colectividad, en virtud de sus arcaicas representaciones sostenga que lo es, no será justo seguir recurriendo a las mismas como concepto al servicio de la prevención general positiva. Si ello ocurriera, la justicia criminal, conceptualmente exenta de la influencia de prejuicios, fundamentaría la pena –que en realidad se tornaría injusta– en unas concepciones sociales superadas, abusándose del delincuente como instrumento para satisfacer anticuados prejuicios, lo cual llevaría a una hipocresía, e incluso, con tal justificación, se impediría cualquier efectividad de la pena.

La tentativa de fundamentar el Derecho Penal en la idea de prevención general, conduce, en opinión de los autores citados, a un círculo cerrado, a un círculo vicioso. Llamam la atención acerca de que si la pena se define –como lo hace Jakobs–

²⁴⁷ ROXIN, cit., por Schünemann, op. cit., 85).

como reacción llevada a cabo a expensas del autor del quebrantamiento de la norma, con el fin de ejercitar a la población en la confianza en el Derecho, no se puede así explicar ni la necesidad de la sanción ni su legitimación frente al afectado. En este sentido, serían perfectamente concebibles otras alternativas de reacción, como por ejemplo, desplegar una campaña de prensa, o un minuto de silencio en un programa televisivo, o bien, celebrar simbólicos acuerdos de buenas intenciones por comités.²⁴⁸

Jürgen Tiemeyer apunta que sería esperable de una teoría sobre la culpabilidad que sitúa en el fin de la pena un ensayo general del reconocimiento de las normas y se apoya en los conocimientos sociojurídicos de Luhmann, que tome especialmente en cuenta aquellas estructuras de la sociedad a las cuales debería anudarse el concepto de culpabilidad. Con su definición funcional del concepto de culpabilidad, Jakobs extrae, no obstante, categóricamente la culpabilidad de la realidad. Culpabilidad es para él nada que sea verificable en la realidad, el Derecho Penal construye por sí mismo la culpabilidad, no recoge una que le está dada previamente. La culpabilidad es para Jakobs pura imputación, gobernada normativamente.²⁴⁹ En opinión de Jakobs, en su teoría no se trata ya de determinar si el autor tuvo o no realmente a su alcance una practicable alternativa individual de conducta, de modo que el problema de la libertad de voluntad no es en absoluto relevante. No obstante, concede que el culpable debe haber tenido a su disposición un espacio de libertad (distinto de una libertad de voluntad), ya que una sanción sólo sería posible de formular –desde el punto de vista de esta teoría general preventiva-positiva– en la medida que el autor no haya estado impedido, de manera jurídicamente relevante, para la elección de una alternativa legítima de conducta. Si la acción era inevitable, entonces no es necesario fortalecer la actitud de expectativa de los ciudadanos mediante un acto de inculpación. Una norma que es infringida por carencia de una alternativa lícita de conducta, se mantiene incólume en cuanto auténtico hito orientador de los ciudadanos

²⁴⁸ VON HIRSCH y HÖRNLE, GA, 1995, págs. 261 y ss.

²⁴⁹ TIEMEYER, "Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriff" *ZStW*, 100 Band, Heft 3, págs. 527 y ss.

fieles al Derecho. De estas explicaciones, advierte Tiemeyer, que la pregunta sobre la libertad del autor ha quedado, finalmente y después de un rodeo, situada nuevamente en el centro, de manera que no es tan efectiva su pretendida “irrelevancia”.²⁵⁰ Jakobs ha expresado que la culpabilidad es competencia por una lesión de la vigencia de la norma y, por tanto, presupone que el sujeto competente pueda ser motivado a través de normas y nada más. Bien es cierto que la culpabilidad está relacionada con la libertad, pero no con la libertad de la voluntad, con el libre albedrío, sino con la libertad de autoadministrarse, esto es de administrar la cabeza y el ámbito de administración propios.²⁵¹ En otros términos, el individuo debe poseer competencia para autoadministrarse como persona fiel al orden jurídico, lo que supone, evidentemente, un grado de autonomía, de libertad para poder adoptar una decisión relevante frente a ese orden, mantener o abandonar la fidelidad exigida. El autor alemán habla de la libertad de comportamiento que forma parte del rol de ciudadano. “El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico.”²⁵²

Al actuar evidenciando esa fidelidad y al actuar evidenciando, al contrario, un déficit de fidelidad (culpabilidad), el sujeto imputable ejerce su limitada o parcial libertad personal de actuación, su “libertad de comportamiento” (salvas, claro está, las situaciones excepcionales de coacción y otras), la que no tiene que ver con el libre albedrío, en cuanto mera noción metafísica y, por tanto, inútil a nuestros propósitos. Con la pena se demuestra –en el concepto funcionalista– a la comunidad la vigencia de la norma, encontrándose en estrecha relación con ello la función de la pena de “constatar la inviolabilidad del orden jurídico”. El Tribunal Federal Constitucional alemán ha establecido a este respecto que pertenece a los fines de la pena el hacer prevalecer el Derecho sobre el ilícito cometido por el autor, para demostrar a la comunidad jurídica la inviolabilidad

²⁵⁰ TIEMEYER, “Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriff” *ZStW*, 100 Band, Heft 3, págs. 527 y ss.

²⁵¹ JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, *ADPCP*, t XLV, fasc. III, págs. 1051 y ss.

²⁵² *Idem.*

del ordenamiento jurídico y fortalecer de este modo la confianza de la población en el Derecho.²⁵³

La pena es el medio de expresión a través del cual el orden jurídico hace saber que está determinado a imponerse y en condiciones de hacerlo. Esto podría mejorar las posibilidades del acatamiento de las normas, ya que sus destinatarios las respetarán ciertamente si toman conciencia de que el legislador toma en serio la realización de la norma y está asimismo, fácticamente, en situación de sobreponerse finalmente al infractor. En la prevención de integración no se trata únicamente de influir en la orientación de la comunidad frente al orden jurídico, sino de establecer el valor de la precisa norma violada en la conciencia de la población.

El Derecho Penal protege las normas fundamentales de la convivencia humana y los delitos son, al menos en cuanto atañe al Derecho Penal medular, comportamientos poseedores de masivo disvalor.

Desde la perspectiva antedicha, señala Dieter Dölling, cabría pensar en que la idea de justicia debería exigir imperativamente y siempre que la lesión de bienes jurídicos fundamentales sea compensada con la pena. En tal virtud, no sería aceptable que el orden jurídico postule, por una parte, el carácter fundamental de determinadas normas y por otra, renuncie al castigo de las infracciones a tales normas. Ante una renuncia de la pena podría generalizarse en la población la creencia que la violación del Derecho tiene menor significación, con lo que posiblemente pudiera erosionarse la continuidad de la convicción general acerca del carácter fundamental de la norma de que se trata. Por ello, el orden jurídico no podría, por ejemplo, destacar el alto valor de la protección del ambiente y paralelamente dejar sin sanción penal masivas acciones lesionadoras del bien jurídico, si no desea correr el peligro de que pierda credibilidad el postulado normativo.²⁵⁴ Aquí encontramos sin duda un aspecto particularmente crítico, desde que para ser coherente con la finalidad de la pena de educar coactivamente a la sociedad en la fidelidad a las normas, el siste-

²⁵³ BVERFGE, 45, 187, 256.

²⁵⁴ DÖLLING, "Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?", en ZStW, 102 Band, 1990, Heft 1, págs. 1 y ss.

ma jurídico-penal no podría contradecirse a sí mismo, privando, por motivos preventivo-especiales, a la pena del cumplimiento de su objetivo nuclear, p. ej., a través de los distintos mecanismos legales de renuncia, perdón o sustitución de la sanción o de la simple impunidad por no persecución penal del delito. La “integración” del ciudadano al respeto por el Derecho mediante la aplicación efectiva de la pena debería operar siempre, obligatoriamente, más allá de las reales necesidades individuales y sociales, no sólo para no dejar de satisfacer el fin de la pena, sino además, para evitar una “desvalorización sociocultural” de la norma infringida e influir en los parámetros éticos de la población.

El Tribunal Federal Constitucional alemán se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la pena de presidio perpetuo en la siguiente forma: “En la magnitud de la pena amenazada por la ley se traduce el juicio de disvalor que respecto de la acción penada formula el legislador. A través de este juicio de disvalor contribuye a la formación de la conciencia de la sociedad. Precisamente, una pena tan gravosa como la privación perpetua de la libertad es especialmente adecuada para reforzar en la conciencia colectiva el reconocimiento de que la vida humana es un bien jurídico valioso e insustituible, que merece especial protección y general consideración. Por medio de la formación de esta conciencia se logra aumentar en la población la inhibición de agredir la vida humana, en particular, de destruirla dolosamente”.²⁵⁵

El planteamiento que antecede puede aparecer muy sólido y justificado tratándose de los bienes jurídicos indiscutiblemente esenciales para la convivencia, como la vida humana, pero, ¿es posible formularlo del mismo modo, con idéntica severidad respecto de otros intereses o valores “no evidentes”, frente a los cuales la conciencia colectiva no es unívoca? Si se sigue fielmente la propuesta preventivo-integradora, a cada norma jurídica, cualquiera que sea su significación ético-social y la gravedad de su agresión, debería protegerla una pena que debe pronunciarse, establecida para el reforzamiento de la confianza colectiva en ese precepto específico, lo que en definitiva reconduce todo el problema a cuestiones esencialmente valorativas y abs-

²⁵⁵ Supra, op. cit., 253).

tractas, sin que se divise cuál pueda ser el mecanismo exacto e infalible a través del cual el legislador pueda averiguar y medir el preciso sentimiento colectivo-normativo. En la verificación del valor de una norma a través del castigo del culpable aparece de manifiesto otra dimensión de la Prevención de Integración: “la función de llamada (o de llamamiento) de la pena” (Appellfunktion). Por medio de la pena se responsabiliza personalmente al hechor por el hecho delictivo. El orden jurídico deja de manifiesto que todo ciudadano es responsable de observar una conducta adecuada a las normas jurídicas y llama a todos y cada uno a ser justos con esta responsabilidad.²⁵⁶

Como señalan en especial Schmidhäuser y Andenaes, también puede obtenerse una contribución a la prevención integradora por medio de la intimidación. Si disminuye el número de delitos conocidos, por miedo a la pena, o si son perpetrados en forma clandestina, para evitar la sanción, disminuye el número de violaciones al Derecho de que toma conocimiento la población. En proporción a lo que parezca ser el respeto “fáctico” por las normas en la realidad, los individuos incrementarán su reconocimiento a la obligatoriedad de ellas. En cambio, si es público y notorio que muchos infringen las reglas, puede disminuir la disposición de los hasta ahora respetuosos del Derecho a acatar las normas.²⁵⁷

Por lo demás, ni siquiera en el caso del ciudadano “indiscutiblemente fiel al Derecho”, puede hablarse de una fidelidad a las normas “a cualquier precio”. Se plantea que a la larga la actuación conforme a las normas funcionará sólo en tanto la “conformidad” sea “razonable” en el ámbito de la ventaja personal. Si el ciudadano respetuoso del orden jurídico obtiene siempre menor ventaja que el infractor de la ley, el primero no va a seguir manteniéndose “conforme” y echará también mano a “medios no conformes”. El orden jurídico no puede contar con un respeto general a sus normas si permite, por ejemplo, que los infractores logren con sus acciones lesivas mejores posiciones socioeconómicas que los fieles al Derecho. En general, si la violación de las normas ofrece una chance de ganancia o

²⁵⁶ DÖLLING, *supra*, op. cit., 254).

²⁵⁷ SCHMIDHÄUSER y ANDENAES, cit., por Dölling, *supra*, op. cit., 254.

utilidad, no vinculada a un riesgo de pérdida, un gran número de ciudadanos se sentirán inclinados a probar esa chance sin riesgo, incluidos los tradicionalmente respetuosos del Derecho. Puede surgir en este ámbito, sin mayor dificultad, un estado social de equilibrio en el que la fidelidad al Derecho también puede parecer razonablemente aceptable bajo el aspecto del esfuerzo individual hacia la utilidad o beneficio, teniendo en consideración, a fin de cuentas, que el hombre no es sólo un “ente moral”, sino también un “homo oeconomicus”. Este último le introduce a la confianza en la moralidad del individuo determinados límites. De allí que para garantizar una disposición general de respeto por el Derecho sería exigible contar con un orden social en el cual los bienes y las cargas están distribuidos de tal manera, que la fidelidad al orden jurídico “vale la pena” (“es lohnt sich”). Dölling llama la atención sobre las inmensas dificultades prácticas que conlleva una medición empírica acerca de la influencia del Derecho Penal en la conciencia colectiva. Podría analizarse, por ejemplo, señala el autor germano, cómo se ha desarrollado el juicio moral de la colectividad respecto de una conducta en un lapso de diez años, tras la puesta en vigor de una norma penal.

En el evento de manifestarse una estabilización o reforzamiento del juicio de disvalor sobre la acción, habría que aclarar hasta qué punto ello se ha debido a la penalidad del comportamiento y hasta qué punto a otros factores sociales. Las posibilidades de aproximarse a la respuesta de esta inquietud sólo pueden surgir si el análisis puede efectuarse en una sociedad igualmente estructurada, que ha renunciado a la punición de la conducta de que se trata. La dificultad reside entonces en que probablemente la “Prevención Integradora” supone como preexistente una adhesión al Derecho Penal, pero los efectos de integración pueden ser obtenidos de igual manera de sistemas jurídico-penales estructurados en distinta forma, y el caso de comparación con una sociedad sin culto por el orden penal no puede ser logrado en la práctica.²⁵⁸

La teoría de la “prevención general positiva o integradora” posee, como puede advertirse, una significativa amplitud y una gran diversidad de partículas. Un aspecto fundamental, no

²⁵⁸ DÖLLING, supra, op. cit., 254).

aclarado hasta ahora, es la determinación de hasta que punto es indispensable la intervención del Derecho Penal para lograr efectos de prevención general y hasta qué punto no pueden operar esas funciones a través de otros mecanismos del control social, como el Derecho Civil, el Derecho Administrativo u otros. De este modo, podrían satisfacerse funciones general-preventivas por medio de acciones que el culpable realice en beneficio de la víctima, en el marco de una negociación, de manera que entre en consideración un sobreseimiento del proceso o una atenuación de la pena. “De conformidad al conocimiento actual no se divisa como decisión responsable, la de renunciar a la prevención general por medio del Derecho Penal. Mas, en la medida que al parecer los efectos preventivo-generales pueden ser obtenidos igualmente por sanciones de distinto grado de intensidad, es recomendable ejercitar la prevención general con prudencia y medida.”²⁵⁹

Estimamos que la prudencia y medida que recomienda Dölling, implican que la pena no pueda ser utilizada para lograr el afianzamiento coactivo de sentimientos morales, fidelidades ético-normativas, en definitiva, fenómenos de la vida espiritual, íntima de cada individuo, cuyas acciones concretas, previamente tipificadas en la ley y culpablemente cometidas es lo único que puede originar la legítima actuación de la pena, en cuanto ésta, siendo proporcional a la gravedad del hecho, sea indiscutiblemente necesaria.

Entre las observaciones críticas de los autores nacionales, destacan las de Juan Bustos Ramírez, para quien, en mayor o menor medida, las posiciones preventivo-generales positivas, actualmente dominantes, tienden a una solución radical, en la medida que su objeto es la integración de las personas al sistema y, por tanto, construyen un deber de integración, lo que implica entonces adelantar y aumentar la punibilidad a fin de ser coherentes con el punto de partida, que no hay nada más allá del sistema, que las personas son tales en cuanto están en el sistema –integradas en él– que éste está por encima de ellas. Se invierte así la relación persona-Estado, ya no se trata de las

²⁵⁹ DÖLLING, *supra*, op. cit., 254).

garantías de aquella frente a éste, sino de enfatizar y acentuar la subordinación del individuo frente al Estado, la pérdida de su autonomía y, al mismo tiempo, ya no se trata de violencia mínima indispensable, sino de violencia adecuada para someter o integrar. Recuerda que Welzel, defensor de una posición retribucionista, aceptaba también un criterio preventivo general, de tendencia radical, cuyo objetivo es integrar a los individuos a través del sistema penal en determinados valores ético-sociales. Pero, dice Bustos, no es posible dejar de lado que Welzel ponía ciertamente un límite, en cuanto reconocía que los valores ético-sociales surgen desde los bienes jurídicos y, por tanto, en referencia ineludible a ellos y en que la pena retributiva se cuantificará según la importancia del valor ético-social y la gravedad de su afección. En una posición preventiva general radical la motivación de la norma ya no tiene vinculación con los bienes jurídicos, sólo con su propia validez y por lo tanto, no la tiene tampoco con valores ético-sociales, sino simplemente con lo que dice el sistema, esto es, con la existencia de deberes impuestos por el poder estatal; es una pura cuestión procesal formal. Aquí ya no opera el límite del retribucionismo (la motivación de integración surge desde los bienes jurídicos), de modo que una política general preventiva positiva regresa a la tesis retribucionista, pero sin las barreras, de ésta, de ahí que entonces sería preferible volver al retribucionismo, en el cual por lo menos se establece un límite.

Para el penalista aludido, las políticas criminales preventivo generales y, sobre todo, las positivas radicales (a las que pertenece la “integradora”) tienden a proyectar el sistema penal como *prima ratio* y no como última o *extrema ratio*, como se ha sostenido enfáticamente en el último tiempo. Se trata de una concepción propia del Estado autoritario, que cree en la inmutabilidad fundamental del sistema, lo que es totalmente opuesto a la concepción de un Estado social y democrático de Derecho, que por su esencia reconoce la existencia de desigualdades, asume las diferencias culturales, reivindica la libertad de las personas y su participación en él. Desarrolla Bustos –aquí sólo podemos, como es evidente, reproducir las ideas generales– los fundamentos y fines de una política criminal democrática, que ha de partir reconociendo que el poder de definir no es más que una

facultad del Estado, su autoconstatación, que los propios individuos le han otorgado para ponerlo –ese poder– al servicio de las personas. Desde la partida aparecen como esenciales los principios limitadores de ese poder de definir, en cuanto su transgresión implica desconocer su origen y finalidad. Ellos son la dignidad de la persona, la protección de bienes jurídicos y la necesidad de la intervención, principios éstos, que deben ser entendidos como aplicables no solo al Derecho Penal, sino al sistema penal en su conjunto, entendiendo por tal a todos los sectores legislativos de él, como asimismo a todas sus instituciones y operadores.²⁶⁰

Acotemos que, a nuestro juicio, en un sistema de pleno Estado democrático y social de Derecho, los mismos preceptos –contenidos, en especial, en la Carta Fundamental– que una parte de la doctrina chilena utiliza con el fin de sustentar una consagración al menos implícita del principio “nulla poena sine culpa”, con deducción de las esenciales garantías que involucra, deberían permitir, debidamente interpretados, “desde y hacia las bases constitucionales”, repeler un sistema de penas caracterizado por la “manipulación del individuo para integrarlo al respeto por el Derecho” y el desconocimiento de la dignidad del hombre, titular de derechos anteriores y superiores al Estado.

En buenas cuentas, no resulta fácil advertir con claridad una diferencia “de fondo”, “estructural”, entre prevención general intimidatoria y prevención general positiva o de integración. En ambas concurre la “instrumentalización” o “manipulación del sujeto” (recurrentemente utilizada para descalificar la primera de las dos tesis) por el orden estatal, mediante una pena que en sí, “en esencia”, “por constitución”, es retributiva o mejor dicho, tiene naturaleza retributiva, en cuanto mal que se impone porque un delito fue cometido culpablemente por un individuo y para el cumplimiento de un fin determinado (socialmente útil), cual es la no repetición del delito. En ambas prevenciones estaría presente, aunque con distinto ropaje, la sombra de la figura hegeliana, “el alzamiento del bastón amenazador”. En la prevención general positiva o integradora, carente –como denuncia Bustos Ramírez– del límite o barrera

²⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y Estado”, *G.J.* N° 194, págs. 20 y ss.

que fluye desde los bienes jurídicos protegidos y reclama el principio de proporcionalidad, el Derecho Penal se agota, se consume en su propia autoconstatación, en la verificación de la inmutabilidad y vigencia del sistema punitivo, el cual está libre de los límites a su poder, inherentes al Estado respetuoso de la dignidad, libertad e igualdad de los ciudadanos.²⁶¹ También nuestro compatriota Jorge Mera Figueroa objeta fuertemente –por ser contrarias a los derechos humanos– las tesis en que la culpabilidad consiste en la infracción del deber (a veces se habla incluso de sentimiento) de lealtad y fidelidad ciudadana hacia el orden jurídico. Se trata –afirma Mera– de una concepción moralizante del Derecho Penal que debe ser rechazada, por cuanto es violatoria de la autonomía de la persona. Para el derecho debe ser suficiente con que se lo respete, sin que sea legítimo y menos todavía a través del mecanismo coercitivo extremo de control formal representado por el Derecho Penal, imponer la adhesión subjetiva a los valores del sistema jurídico. Los valores ético-sociales deben ser asumidos voluntariamente. Son los principios esenciales del Estado moderno –que permiten sobre su base diferenciar a la moral del derecho– los que resultan lesionados cuando se postulan esta clase de concepciones con resabios claramente autoritarios.²⁶²

Compartiendo las críticas de los autores chilenos, el profesor uruguayo Gonzalo Fernández hace notar que la prevención de integración, volcada a privilegiar “el afianzamiento estabilizador del Derecho”, tampoco logra despejar la interrogante capital de la teoría de la pena, y no es capaz de salvar las objeciones proferidas contra la pena “útil”. Destaca este comentarista, que la pena se aleja del hecho punible concreto, prestándole más atención a las finalidades preventivas y con ello amaga con desprenderse de la culpabilidad concreta del autor del delito y, sometida a la función estabilizadora-preventiva corre el riesgo cierto de transformarse en una reacción punitiva “transpersonal”, inaceptable en un Estado de Derecho. Una pena integradora puede llegar a desbordar largamente el marco previo

²⁶¹ BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y Estado”, *G.J.* N° 194, págs. 20 y ss.

²⁶² MERA FIGUEROA, *supra*, op. cit., 43).

establecido por el hecho ilícito, atareada en la obtención de la meta preventiva y en el afianzamiento de la conciencia jurídica dentro de la sociedad. De este modo, la prevención general positiva arriesga “elastizar” en exceso el poder penal estatal, trocando contención por permisividad. Otros de los puntos negativos de la tesis que identifica Fernández, está referido al respeto de la autonomía moral del sujeto, que impide atribuirle al orden penal una misión conformadora de la conciencia ético-social y, consecuentemente, rechaza que la intervención penal se conecte con la imposición de una “actitud interna de fidelidad al Derecho”, una internalización normativa coactada o forzada, puesto que una semejante “adhesión” vulnera la dignidad humana, base esencial del sistema jurídico.²⁶³

En una crítica parcial a la prevención general positiva se inscribe Santiago Mir Puig en reciente ensayo sobre “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, desarrollando una “prevención general democrática” o “prevención general limitadora”. Advierte el catedrático español la existencia de dos direcciones distintas entre los partidarios de la prevención general positiva, una fundamentadora, y la otra, limitadora de la intervención estatal. Por ello, no resulta extraño que la crítica haya valorado en forma diversa y hasta contrapuesta, el concepto de prevención general positiva. Considera el tratadista, que en un Estado respetuoso de la autonomía moral del individuo, la prevención general positiva sólo resulta adecuada si se la entiende en un sentido restrictivo; así concebida, puede aparecer no sólo como una forma tolerable de prevención, sino incluso como la mejor opción para un derecho penal democrático. Este pensamiento significa que es rechazable la prevención general positiva como “fundamentadora” de la intervención jurídico-penal, en el sentido que un Derecho Penal respetuoso de la dignidad humana no puede incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos, la actitud interna frente a las normas jurídicas (*Gesinnung*), no puede imponerse bajo la amenaza de una pena, ya que ella —la actitud interna de fidelidad al derecho— supone la internalización ética

²⁶³ FERNÁNDEZ, *supra*, op. cit., 103).

del derecho. En la medida que la prevención general positiva se interpretara como autorización para intentar por medio de la pena la adhesión de los ciudadanos al derecho, sería rechazable. En esta línea, la prevención general positiva implicaría el desbordamiento del límite representado por el fuero interno. En cambio, una utilización “limitadora” del concepto de prevención general positiva le parece progresiva y aceptable al autor en un Estado social y democrático de Derecho, en tanto y en cuanto un tal Estado ha de restringir el Derecho Penal mediante una serie de límites y no únicamente por el de culpabilidad, sino también por los de la legalidad, humanidad, proporcionalidad y resocialización, entre otros. El concepto de prevención general positiva será oportuno –y, como lógica consecuencia, beneficioso– si se entiende que ha de integrar todos esos límites armonizando sus contradicciones recíprocas; en otros términos, el respeto de dichas limitaciones constituye la base esencial de una razonable afirmación del Derecho Penal en un Estado social y democrático de Derecho. No se trata de autorizar la internalización del Derecho Penal por el hecho de que éste proceda de un Estado social y democrático de Derecho, pues ello encerraría una grave contradicción con este modelo de Estado, que no ha de querer imponer por la fuerza una actitud de adhesión interna de sus ciudadanos. No es lícito castigar para forjar una conciencia jurídica, por progresiva que ella sea. Pero sí importa exigir que la pena, además de necesaria para la prevención de delitos, respete aquellos límites fuera de los cuales no supone ya la afirmación de un derecho social y democrático, sino precisamente su negación.²⁶⁴

No nos queda muy en claro cuál es, en esta visión, la función especial, “nueva” y “distinta” que la prevención general positiva cumple como límite o barrera al *ius puniendi*, desde que la exigencia impuesta al Estado como deber de respeto por los principios limitadores –culpabilidad, legalidad, humanidad, proporcionalidad, resocialización, etc.– ha constituido una característica inherente al llamado Derecho Penal “clásico” o “liberal”, anudado a la idea central de culpabilidad e

²⁶⁴ MIR PUIG, Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, en *ADPCP*, t. XXXIX, fasc. I, págs. 49 y ss.

intangibilidad del fuero interno del individuo, cuya fidelidad al Derecho no puede serle impuesta por la violencia de la pena. Por lo demás, ¿quién nos puede asegurar que esos tan caros principios puedan actuar como celosos y eficaces guardianes frente a afanes de poner la legítima violencia estatal –la pena– al servicio de la “internalización” coactiva de sentimientos o conciencias fieles a un cierto modelo “dirigido” de Derecho?

En el Código Penal de Cuba (1987), su artículo 1º establece como uno de los varios objetivos que se asignan al cuerpo legal, el de “contribuir a formar en todos los ciudadanos la conciencia del respeto a la legalidad socialista, del cumplimiento de los deberes y de la correcta observancia de las normas de convivencia socialista”. Pareciera ser un caso muy claro de imposición de la internalización de un Derecho Penal que no procede de un Estado de Derecho democrático; se utiliza el recurso penal para forjar coactivamente una conciencia jurídica (y política), para imponer la “*Gesinnung*” frente a las normas; en palabras de Mir Puig, se trataría de una utilización “desbordante” (y, por ende, inadmisibile para la doctrina penal democrática) de la prevención general positiva. Esta teoría, en cuanto pretende que el recurso penal incida en la conciencia ético-social de los ciudadanos –la forje, modele y domine, al tenor estricto de una determinada ideología– presenta grandes atractivos para los sistemas totalitarios de cualquier signo político y he aquí un punto altamente delicado que debe ponernos en guardia.

Al “Esplendor y Miseria de las Teorías Preventivas de la Pena”, se refiere exhaustivamente Wolf Paul, de la Universidad de Frankfurt, desde la perspectiva de la filosofía del Derecho, señalando que, como una cuestión previa fundamental, hay que preguntarse si el gran discurso tradicional de las teorías de la pena –como fue cultivado en el pasado y lo es en parte todavía hoy– contiene perspectivas de futuro para el derecho penal y de si, por tanto, este discurso efectivamente podría corresponder a la pretensión siempre actual de producir una orientación paradigmática en la lucha por un derecho penal mejor. La pregunta que cabe formular a la historia de la teoría de la pena es, por lo tanto, la siguiente: ¿en qué medida han contribuido, en la más reciente historia, las grandes ideas sobre la pena como “retribución”, “intimidación”, “expiación”, “prevención” en la

lucha por un derecho penal mejor? En la real historia progresiva del derecho penal, ¿ellas han sido efectivas como fuerzas productivas ideológicas o no han sido más que epifómenos académicos? La conclusión de Paul es más bien pesimista, derivándose de la circunstancia real de que por un “culto historicista” de teorías la historia del Derecho Penal se ha deformado en muchas ocasiones a una historia de “peleas académicas” o a una historia oscurecida por abstractas ideas de la pena. No parece haber un gran consenso sobre el “cómo” y el “hacia dónde” de las reformas, imperando la perplejidad y la inseguridad en la cuestión por el futuro del Derecho Penal. El discurso tradicional de las teorías de la pena, que subsiste en parte actualmente, puede generar perspectivas para el esfuerzo por un Derecho Penal mejor, a condición de que salga del marco metodológico tradicional y pase a una nueva dimensión. El primer requisito necesario es que las cuestiones básicas acerca del sentido de la pena y la misión del Derecho Penal no sean discutidas y “solucionadas” en el ámbito interno tradicional de la historia del pensamiento y la forma esotérica del discurso de principios. La aclaración de las cuestiones no es posible hoy en día a través de teorías clásicas, la despedida de Hegel, Kant, Feuerbach y otros doctrinarios de una época ya pasada, ha de ocurrir real y efectivamente, ello es una condición necesaria para la evolución del Derecho Penal. La segunda condición es que las nociones teóricas sobre la pena han de ser situadas en la realidad social del momento histórico, esto es, en las condiciones de la praxis real del Derecho Penal, donde ocurren las complejas formas de iniciación y realización de la pretensión punitiva del Estado. Esto supone que la praxis real de la pena tiene que constituir el punto de partida y de orientación metodológica de la reconstitución de la teoría de la pena.²⁶⁵

Aun cuando las reflexiones precedentes se vuelcan sobre el problema específico de las teorías de la pena, es oportuno ponerlas en relación con el lúcido razonamiento de Würtenberger, ya citado anteriormente, en cuanto a la estrecha vinculación que, en forma general y a modo de principio rector, deben

²⁶⁵ WOLF PAUL, *supra*, op. cit., 84).

tener los conceptos y categorías sistemáticas elaboradas por la ciencia penal con los problemas de la realidad, a la cual no deben permanecer ajenos, requerimiento que no requiere de mayor explicación justificativa, desde que los conceptos jurídicos son válidos solamente en tanto y en cuanto referidos a concretos problemas de la vida.²⁶⁶ Como hicimos ver en otro párrafo, los esfuerzos e intereses por interrelacionar la dogmática penal y la política criminal, por no separar lo teórico, lo dogmático, de lo real, de lo vital, sino por integrarlo permanentemente, llevan a plantear como demanda irrenunciable la apertura del sistema penal, el término del sistema cerrado, autosuficiente, a través de la constante renovación y apertura del pensamiento normativo, mediante su vigoroso e irrenunciable contacto con la realidad social.²⁶⁷

10. La complacencia por la derrota del retribucionismo y los augurios de su no retorno se han visto desmentidos en el último tiempo por la “nueva realidad” penal y político criminal. Si bien el retribucionismo, en su “estado puro” no tiene defensores en la actual dogmática –Reinhard Maurach habría sido el último más destacado– ha surgido un “neorretribucionismo”, que se plantea en el ámbito sociopolítico y político-criminal, como agresiva y preocupante respuesta a la ineficacia de la pena preventiva para resguardar a la sociedad frente al delito y otros “alarmantes” fenómenos vinculados. El aumento sostenido de ciertos tipos de criminalidad (en particular la patrimonial violenta, la relacionada con drogas, el terrorismo), el creciente sentimiento de inseguridad ciudadana, la repulsa frente a una doctrina y legislación penal, como también a una judicatura “blandas” o “complacientes” con los infractores y “duras” con las víctimas, “desconectadas”, en cuanto pensamiento jurídico, en cuanto orden normativo, de la realidad criminológica, aparecen como fenómenos más relevantes. Se exige, a voz en cuello –y esta voz impresiona y “presiona” a los legisladores– una mayor severidad en las penas, una más intensa y prolongada

²⁶⁶ WÜRTENBERGER, *supra*, op. cit., 225).

²⁶⁷ *Supra*, este Cap., párr. 6.

utilización de la prisión preventiva de los imputados como medio represivo-disuasivo, y no como medida cautelar, renacen los tradicionales clamores por la pena capital, llueven ácidas críticas sobre las medidas alternativas a las penas de encierro, se denuncia una alarmante cifra de incumplimiento material efectivo de las penas, tanto en forma institucional como en la forma de suspensión condicional y otras. En otras palabras, se quiere tener un Derecho Penal mejor (lo que significa un Derecho Penal más duro), no algo mejor que el Derecho Penal.

La posición de extrema dureza represiva es un discurso panfletario –carente de toda racionalidad dogmática– que se manifiesta en la práctica en los denominados “movimientos de ley y orden” (la pena se justifica como castigo y retribución, no debiendo confundirse ésta con la llamada retribución jurídica). Muy gráfica es al respecto la convocatoria del brasileño Dutra Barreto: “Estamos en pleno combate y no podemos perder tiempo mientras discutimos cuál es la mejor solución para combatir el crimen, el enemigo, sin vacilar y usando todas las armas continúa avanzando. Tenemos que actuar inmediatamente y accionar armas más fuertes. La mayoría de los brasileños, a veces conmovida, otras veces violentada por la sangre de los inocentes, derramada en todo instante, exige la pena de muerte...”²⁶⁸ También en la sociedad norteamericana surge desde la mitad de los años sesenta –como lo recuerda Jescheck– por efecto de la “crisis de la política criminal”, un movimiento de “law and order”, que, con la postulación de penas graves y ejecución dura, salió al paso de fenómenos sociales altamente preocupantes: el temor y preocupación colectivos por el rápido crecimiento de la criminalidad grave, con su secuela de inseguridad ciudadana y falta de confianza en el sistema penal; la abierta incapacidad de los órganos de persecución y ejecución penal en solucionar el problema de la criminalidad. Con ello se puso en tela de juicio una buena porción de todo aquello que se había creído alcanzar en el sentido de la humanización de la administración

²⁶⁸ DUTRA BARRETO, cit., por LUIZ LUISI, “El principio de intervención mínima”, en *Política criminal y reforma penal*, U. de Antofagasta, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1996, págs. 7 y ss.

de justicia penal. El endurecimiento de la sociedad y del aparato punitivo no fue la única consecuencia. La contracara de ello fue la intensiva preocupación en el ámbito político-legislativo por el problema de la criminalidad y del Derecho Penal, desplegándose ingentes recursos materiales y humanos para volver a controlar el delito.²⁶⁹ En nuestro país, informes estadísticos publicados por organizaciones privadas especializadas en mediciones y evaluaciones de las ineficacias del sistema penal en cuanto ordenamiento protector de derechos ciudadanos frente al delito, han llamado la atención recientemente sobre un inflacionario aumento de los delitos de robo, en particular, con violencia o intimidación y un correlativo incremento del sentimiento colectivo de temor, de inseguridad frente a tales hechos y a la incapacidad policial y judicial para controlarlos.²⁷⁰ La actuación de los tribunales no ha escapado a las críticas, por el contrario, son blanco predilecto de ellas, imputándoseles, de una parte, “mano blanda” con los delincuentes, especialmente en el otorgamiento de la libertad provisional y en la magnitud de las penas impuestas y, de otra, tratamiento agresivo y victimizador de las víctimas.

Una tendencia neorretribucionista se ha arraigado relativamente en la dogmática italiana. Sus adeptos no reiteran el discurso original sobre realización de la justicia absoluta, pero, en cambio, califican a la retribución jurídica como equivalente al principio de proporcionalidad. La idea retributiva significaría en esta “neoescuela”, la proporción estricta entre la cuantía de la sanción y la gravedad de la ofensa, entre medida de la pena y grado de la culpabilidad, de manera que cabe valorarla, hoy todavía, como el “núcleo”, la “idea central” del Derecho Penal liberal.²⁷¹ Elio Morselli, catedrático de la Universidad de Perugia, se refiere precisamente al tema “Neorretribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena”, en procura de reintegrar en su significado más profundo la concepción retributiva clásica, analizándola a la luz de los términos de la psicología dinámica. Su tesis principal es que sólo la pena en-

²⁶⁹ JESCHECK, “La crisis de la Política Criminal”, *D.P.*, 1980, págs. 45 y ss.

²⁷⁰ Publicaciones de Paz Ciudadana e Instituto de Libertad y Desarrollo.

²⁷¹ FERNÁNDEZ, *supra*, op. cit., 103).

tendida en función retributiva, o sea, como adecuada al mal social inferido por el reo, y no como mero instrumento de política criminal, puede actuar como “integradora” o “reintegradora” de los valores fundamentales de la vida colectiva y producir efectos de prevención general integradora. Para situar en su perspectiva histórica la controversia sobre la naturaleza y fines de la pena, señala que en el período sucesivo a la segunda guerra mundial la opinión mayoritaria de la doctrina parecía haberse estabilizado en torno a una respuesta de índole ecléctica. Se admitía en la pena una naturaleza o característica constitutiva, de carácter retributivo, pero, al mismo tiempo, se superaba la estrecha visión de las así llamadas teorías absolutas, asignando a la pena una función independiente de su naturaleza intrínseca, vale decir, una finalidad preventiva. La pena, se decía, en suma, tiene naturaleza retributiva, pero función preventiva y con este criterio de “la unión” se entendía definitivamente resuelto el viejo dilema de por qué y para qué se pena.

A partir de los años cincuenta ese estado dogmático sufre un cambio muy profundo, inducido especialmente por el desarrollo de la psicología, la sociología y más tarde la criminología, planteándose la necesidad de poner el acento no en el reproche y en la subsiguiente condena, sino en la comprensión de la personalidad del infractor y del fenómeno de la criminalidad. Surge la “ideología del tratamiento”, a la cual adhieren con gran entusiasmo la gran mayoría de las legislaciones occidentales, concibiéndose la ejecución de la pena con un sentido finalista (no como fin en sí misma) y, por tanto, realizada a través de una serie de medidas y procedimiento de tipo resocializante o reeducativo. “Temprano se pasó de la euforia a la desilusión”, ya en los años sesenta apareció muy claro que el balance de todos esos intentos había sido muy por debajo de las expectativas, surgiendo los calificativos de “utopía” y “mito”, referidos al tratamiento. Pese a la esfuerzos desplegados, el nivel de la delincuencia, lejos de reducirse había ido aumentando en ese intervalo. El mismo fenómeno de la reincidencia, núcleo sobre el cual habían sido mayores y más incisivos los esfuerzos terapéuticos, no sólo no se había conseguido disminuir, sino había venido en franco aumento. Buena parte del optimismo y entusiasmo que durante años había alentado la perspectiva especial-

preventiva comenzó a diluirse, a perderse con el paso de los años, situación claramente reconocible mediante el examen de la literatura jurídica y criminológica de los países escandinavos, otrora decidida defensora del retorno especial-preventivo, en vivaz oposición crítica a la tradicional concepción de la pena meramente aflictiva y retributiva. Aparte del fracaso empírico de los criterios de prevención especial la doctrina se dio cuenta, paralelamente, que la ideología del tratamiento no está en situación de poder brindar una respuesta cálida y coherente al interrogante de “por qué y para qué se pena”.

Recuerda Morselli que ya Carrara, en su siglo, había advertido que punir y curar, punir y reeducar, punir y enmendar son cosas incompatibles y contradictorias, en cuanto punir quiere decir causar un mal, una aflicción, un “*malum passionis*”, mientras curar, reeducar y enmendar quiere decir precisamente lo opuesto, es decir, causar un bien grandísimo. Se puede curar o reeducar, “no obstante la pena” y durante la ejecución de ella, pero no se podrá decir jamás que la pena, por sí misma, sirva o pueda servir para curar o reeducar al condenado. De modo más o menos consciente, la doctrina “moderna y penetrante” ha terminado por comprender tan grave incongruencia de fondo. Por ello, en los dos últimos decenios se ha venido reproduciendo nuevamente tan antiguo problema, surgiendo en el escenario varias soluciones diversas, entre las cuales está –sobre todo en los países escandinavos, Alemania y Estados Unidos– la que considera seriamente una “reevaluación” de la antigua concepción retributiva, el “revival” de la retribución y llamada, por tanto, “neorretribucionismo”. Apoyándose en una serie de grandes dogmáticos –entre otros Beling, Richard Schmidt, Helmut Mayer, etc.– e inspirándose sobre todo en la psicología dinámica o del profundo, se ha observado en muchas partes y por varios autores –como por ejemplo Streng– que la pena constituye una reacción de la sociedad correspondiente a profundas e inconscientes “necesidades emotivas”. Esto significa que frente a la comisión de un delito surge en la sociedad una profunda exigencia de retorsión, dirigida a descargar sobre el reo las cargas agresivas que la frustración derivada de la alarma social ha suscitado. No se tratará ya más de una “abstracta” y “mecánica” exigencia de compensación del “*malum actionis col malum passionis*”, se tratará más

bien de un fenómeno que tiene raíces profundas en la naturaleza humana y que, como tal, por cuanto puede parecer irracional y poco apreciable desde el punto de vista ideal y también ético, tiene una profunda y necesaria justificación en la así llamada “Natur der Sache”, o sea, en la naturaleza de las cosas. Hace presente el ensayista la objeción de considerable parte de la doctrina a ese “revival” retributivo, en cuanto a que el hombre no puede ser instrumentalizado para satisfacer esas necesidades socioemotivas de punición, cuya legitimación sería irracional y no respetuosa de la dignidad humana. Empero, dice, este mismo rechazo a la instrumentalización debe ser dirigido a la teoría general-preventiva, sustentada en la fuerza intimidatoria de la sanción penal (“punitur ne peccetur”) y trae a colación, a este respecto, el reclamo de Hegel, de que la prevención general por medio de la amenaza (prevención general negativa) considera al individuo a nivel del can amenazado por el bastón. La conclusión de Morselli es que si es refutable la concepción “neorretributiva”, lo es igualmente la clásica concepción general-preventiva, construida sobre el sentimiento de la intimidación.

Haciéndose cargo, específicamente, de la prevención general positiva o integradora, el penalista italiano reconoce como exacto y verdadero que las exigencias supremas de la defensa del orden interior deben ser satisfechas por la pena, exactamente a través del mantenimiento de la consolidación de una serie de sentimientos fundamentales, como aquellos de la conciencia ética, de la justicia, de la fidelidad a la ley, de la autoridad del Estado y de la seguridad del orden jurídico. Pero reprocha a los defensores de esta tesis el error de atribuir esos saludables efectos de “satisfacer” o “reintegrar” el sentimiento común de justicia y reforzar un durable comportamiento ciudadano de fidelidad hacia la ley únicamente a la función preventiva-general de la pena, “mientras a nuestro juicio se trata simplemente de los efectos típicos de la función retributiva, clásicamente entendida”. Precisa que el equívoco de los críticos de la concepción retributiva consiste en reservar a ésta una dimensión distorsionada y estrechamente reducida, en circunstancias que el concepto de retribución tiene una doble dimensión: una negativa y una positiva. De lo que debe hablarse no es de “prevención general integradora”, sino propiamente de “retribución integradora”, o mejor, de

la restitución de aquel significado positivo y constructivo que ha estado siempre en la idea retributiva clásica.

La prevención general no es otra cosa que prevención de futuros delitos; pero, a su vez, esta prevención no es otra cosa que un “efecto inducido”, un “efecto indirecto” de la función retributiva de la pena, efecto negativo de intimidación y efecto positivo de consolidación del sentimiento colectivo de justicia. “Integradora” o mejor, “reintegradora” de los valores fundamentales de la vida colectiva es la pena, sólo en cuanto sea entendida en su función retributiva y no lo será si sólo se ve en ella un instrumento político-criminal, desvinculado del necesario significado ontológico de adecuación de un “*malum actionis*”, lo que acarreará como consecuencia negativa la imposibilidad de conseguir la neutralización de la alarma social, y por tanto, la reconstitución del equilibrio intrapsíquico individual y colectivo. Esto acarreará como corolario final que ni el sentimiento de justicia ni la conciencia jurídica social encontrarán la necesaria satisfacción y consolidación.

Entrando al terreno de la culpabilidad, Morselli apunta que si se le niega a la pena su naturaleza retributiva, entonces, necesariamente se viene también a negar que la base de la responsabilidad penal está en la culpabilidad. Si después se le atribuye a la culpabilidad un significado distinto del tradicional, que la entiende como por haber actuado diversamente de como se debía y podía actuar, entonces no se comprende a que cosa venga a ser conmensurada la necesaria proporcionalidad de la pena; o sea, que no se alcanza a ver cuál sea la pena justa, capaz de compensar el mal que se ha producido y “de este modo se termina por no comprender que ésa sea la pena misma”. Si finalmente se renuncia también a basar la pena en la culpabilidad, sustituyéndola por finalidades de prevención general, no se alcanza a percibir cuál sea el fundamento mismo del concepto de delito, desde el momento que el hecho cometido por el sujeto no culpable, en cuanto no sea susceptible del juicio de culpabilidad, podría a fin de cuentas ser considerado como “un puro ilícito administrativo”.²⁷²

²⁷² MORSELLI, “Neorretribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena”, *ADPCP*, t. XLVIII, fasc. I, enero-abril 1995, págs. 265 y ss.

García Pablos de Molina, haciéndose cargo del “neorretribucionismo”, y apoyado en Naucke, lo describe como un movimiento en el cual el término “resocialización” se invoca en nombre de una determinada política criminal que persigue una eficaz y racional lucha contra el crimen y, en definitiva, la coactiva adaptación del ciudadano al statu quo mediante un Derecho Penal efectivo. Esta orientación es perceptible en la remodelación del Derecho de “medidas” y de la pena de multa, entre otros signos. Aparentemente, hay aquí una oposición, al menos nominal, entre “resocialización” y “retribución”, pero, en definitiva –acota el penalista hispano– estamos ante una versión actualizada y moderna del retribucionismo. Ello, porque las funciones de éste vienen a asumirse por la “adaptación coactiva a través de la resocialización”, siempre en nombre de la eficacia y del defensismo. Es lógico, por ello, abrigar el temor –como lo hacen varios autores– que esta política signifique un impacto semejante al del Derecho Penal retributivo del pasado siglo, e incluso más peligroso y nocivo: pues ese retribucionismo era, al menos, una expresión del Derecho Penal liberal de la época, mientras que el postulado de la resocialización no está necesariamente comprometido con una tradición liberal, ni ha dado hasta la fecha pruebas de ello.²⁷³

No es difícil advertir en la teoría “neorretribucionista”, tal cual es explicada por Morselli, un retorno a la por muchos ácidamente criticada teoría ecléctica, de convivencia entre retribución y prevención –que se rechaza por incompatible y esencialmente contradictoria–²⁷⁴ la que, no obstante, es recogida en no pocos autores modernos, en su versión de “teoría sincrética”.²⁷⁵ La nota diferencial que presenta este “retribucionismo nuevo”, es que el efecto negativo de intimidación colectiva (prevención general negativa), se sustituye por el “efecto positivo” de consolidación de valores y sentimientos fundamentales de fortalecimiento de una permanente actitud individual interna de fidelidad al Derecho. En otras palabras, esta tesis parte del

²⁷³ GARCÍA PABLOS, op. cit., 240).

²⁷⁴ Cfr. DE RIVACOBA y RIVACOBA, *Función y aplicación de la pena*, 1993, Cap. III, págs. 29 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., 215); CURY, “Contribución al estudio de la pena”, en *RCP*, op. cit., 175, págs. 54 y ss.

²⁷⁵ CURY, ídem.

supuesto fundamental de que la pena es, por su propia naturaleza y contenido, retributiva, en cuanto implica un mal, una lesión de bienes jurídicos valiosos que con carácter de consecuencia jurídica se impone al que en el pasado contravino la ley penal, asignándole, sin perjuicio de ello, como “efecto inducido”, una función reintegradora del sentimiento común de justicia (prevención general positiva), a la que se excluye de la función de intimidación colectiva (prevención general negativa), caracterizadora de la teoría general preventiva “clásica”.

A nuestro entender se trata siempre –prevención negativa y positiva– de intimidación o amenaza dirigida a la generalidad de los individuos a través de la pena; en ambas variantes hay, como ya lo expusimos, una “mediatización” o instrumentalización del sujeto penado en concreto, con la nota distintiva –y que la torna rechazable– de que en la prevención general integradora, la amenaza primero y la imposición luego, de la pena, están en relación de medio a fin con afianzamientos valóricos, con una estabilización de la conciencia normativa en la población, en fin, con sentimientos, con representaciones morales del bien y el mal, del orden y su negación, con separación entre “buenos” y “malos”. La ley penal, con su violencia jurídicamente reglada, está puesta al servicio de una determinada armazón moral, éticamente válida, vigente, justificada y exigible, “en y por sí misma”, como autoconstatación del poder penal estatal, con absoluta preeminencia y superioridad (el sistema está por encima de las personas) sobre la dignidad humana y la culpabilidad personal concreta (fundamentos o bases de la punición) y sobre la protección de bienes jurídicos (fin de la norma punitiva), carencia ésta por cierto grave, que la “mixtura” del “neorretribucionismo” no logra solucionar convincentemente, aun cuando en el discurso teórico se rescaten los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Esta “nueva retribución”, que quiere prevenir futuros delitos integrando o reintegrando a los ciudadanos a través de la consolidación de sentimientos fundamentales, sosteniendo al mismo tiempo que su instrumento no es propiamente la prevención general positiva, sino el efecto “reintegrador” de la propia retribución (significado positivo y constructivo de ella) y que la pena responde a una profunda exigencia socioemotiva de retorsión, no nos parece

vencedora de ninguna de las objeciones que desde hace tanto tiempo ha venido soportando el llamado “Derecho Penal clásico”, en cuanto representado por las teorías absolutas de la pena, con cuyas variantes más tardías se vincula a la prevención general positiva.^{275 bis} En todo caso, y como ya se ha dicho en estas páginas, el Derecho Penal retributivo “clásico” estuvo atado a una tradición política liberal e impregnado de sus principios-garantías.

11. La bibliografía acerca de los nuevos enfoques dogmáticos surgidos de la revisión crítica del concepto, contenido y funciones de la culpabilidad destaca por su cantidad y calidad, siendo ampliamente conocida. No se justifica por ello, en este trabajo, hacerse cargo de cada teoría o posición en particular. No obstante, ciertos aspectos concretos –especialmente polémicos– no pueden dejar de ser motivo para unas breves consideraciones, so pena de incurrir en grave omisión académica.

El examen atento de la historia de la culpabilidad penal que, en una fase decisiva, se inicia con la sentencia del Bundesgerichtshof alemán, de 1952, varias veces mencionada en esta obra (como no puede dejar de serlo en toda obra que se ocupe del tema), evidencia de manera muy clara que ha sido la “venerable polémica” sobre el libre albedrío, el escollo principal y más difícil que, como barrera infranqueable, ha dividido las opiniones de los dogmáticos y esterilizado –lamentablemente– gran parte del quehacer científico. No solamente porque el concepto material de culpabilidad –esto es, el que explica el fundamento de la reprochabilidad, el porqué del reproche dirigido al sujeto, en relación con su acto típico y antijurídico, conforme a determinados requisitos positivos y negativos– enlace, como indica Welzel, con una larga tradición jurídica y filosófica,²⁷⁶ sino además, por cuanto –al mismo tiempo y por ello, paradójicamente– es posible sostener, sobre la base de las fuertes y radicales discrepancias ideológicas existentes, que el concepto de culpabilidad constituye en la actualidad el problema más controvertido en la dogmática jurídico-penal.²⁷⁷ Al referirnos a los

^{275 bis} BUSTOS, op. cit., 260).

²⁷⁶ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª edición, 1969, pág. 140.

²⁷⁷ MAURACH-ZIPF, *Derecho Penal, Parte General*, I, pág. 530.

actuales debates dogmáticos y político-criminales en el seno del Derecho Penal Comunitario Europeo, destacamos la preocupación, entre otros temas, por el principio de culpabilidad, por su rol en este “nuevo” orden penal.²⁷⁸ En tal virtud, no es posible omitir algunas reflexiones fundamentales –representativas de lo más gravitante de las tesis en conflicto– sobre la cuestión de la libertad humana de actuación, que jamás ha dejado de estar presente en el arduo y sostenido debate culpabilístico iniciado en las postrimerías de la década de 1960.

Si la culpabilidad aprehende (desvalorándola) la relación subjetiva, personal, entre agente y conducta, si la culpabilidad representa, según la doctrina todavía dominante (y lo es en Chile), un juicio acerca del autor, dirigido a él en cuanto individuo y que le reprueba haberse decidido a actuar en contra del Derecho, pese a haber tenido, en forma personal, la capacidad y posibilidad de decidirse a favor del Derecho, “el fundamento de la culpabilidad remite así a una “vexata quaestio”, a un problema que inquieta a la humanidad desde los albores de la civilización: el problema del libre albedrío”.²⁷⁹ Esta inquietud no ha cesado ni se ha atenuado mayormente en nuestra disciplina, no obstante lo antiguo de su existencia, como lo demuestra la lectura de publicaciones recientes.²⁸⁰ El problema pertenece, sin duda, al ámbito filosófico general y desde allí se proyecta al entorno específicamente penal, en cuanto sistema normativo-valorativo de regulación social. “Toda la dogmática de la culpabilidad –establece Gonzalo Fernández– es elaborada a partir de cierto presupuesto filosófico, esto es, a partir de la imagen antropológica de un hombre dotado de libertad.” Al decir del mismo autor, “La posibilidad de construir un concepto de culpabilidad penal, y en último término, de edificar sobre ella el contenido de la responsabilidad criminal, está ligada a la eterna cuestión metafísica de la libertad humana”.²⁸¹ La fundamentación de la culpabilidad en el libre albedrío –destacan Car-

²⁷⁸ Supra, 104), 105) y 106).

²⁷⁹ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, op. cit., 114).

²⁸⁰ POLITOFF, *Derecho Penal*, t. I, 1997, pág. 405; NÁQUIRA, *Derecho Penal, Teoría del delito*, I, págs. 323 y ss.

²⁸¹ Fernández, op. cit., 103).

los María Landecho y Concepción Molina– “ha sido la constante en la ciencia del Derecho Penal durante siglos”.²⁸² No puede dejarse de lado, entonces, la estrecha relación entre la teoría de la culpabilidad penal y el ámbito metafísico o real de la libre autodeterminación individual –se la acepte o se la impugne–, relación que ha sido fuente de intensísima controversia.

“Como el hombre se sabe libre –afirmó Karl Jaspers– también se reconoce como culpable, pues la culpabilidad no es algo ajeno a la libertad, sino que se da dentro de la libertad, por el mismo hecho de ser libre”.²⁸³ Esta conexión (inescindible, según la mayoría), entre libertad humana y culpabilidad ha jugado tradicionalmente el rol de presupuesto básico e indubitable, para entender el concepto (“clásico” o “tradicional”) de culpabilidad penal y las funciones del mismo en la teoría del delito y de la pena.

Esta verdad –el individuo puede actuar culpablemente en cuanto individuo libre para decidir– no puede verse alterada (según opinión dominante), por el rechazo que se hace, desde un sector dogmático, del rol fundante y limitativo de la pena asignado a esa cualidad antropológica del hombre –generalmente, por la imposibilidad de comprobación empírica “forense” en el caso concreto juzgado, no porque no sea un dato verdadero (antropológico) de la realidad humana– proponiéndose su reemplazo por las exigencias preventivas, que han de determinar soberanamente la necesidad o prescindencia de la pena.

La doctrina mayoritaria de la culpabilidad –punto de vista “clásico”– dominante no sólo en la ciencia del Derecho Penal española y alemana,²⁸⁴ sino también en la chilena, al concebirla como respuesta a la chance o posibilidad puesta al alcance y manejo del autor, de obrar de modo diverso a como lo hizo, parte de una visión del hombre coherente con la de la moderna Antropología, esto es, como un ser idóneo para autodeterminarse conforme a criterios normativos, un sujeto dotado de racionalidad y atribuciones de comportamiento alternativo, un

²⁸² CARLOS MARÍA LANDECHO Y CONCEPCIÓN MOLINA, *Derecho Penal español, Parte General*, 1996, págs. 320 y ss.

²⁸³ JASPERS, cit., en FERNÁNDEZ, op. cit., 103).

²⁸⁴ CEREZO MIR, op. cit., 27) y 176).

individuo capaz de escoger y decidir entre conductas diversas, de distinto significado frente al Derecho. De otro modo, mal podría reprochársele al agente su opción típica y antijurídica frente a las exigencias jurídicas, desvalorándola (o valorándola negativamente), si ha carecido de libertad de autodeterminación y, por tanto, de elección y acción.

Para Jescheck, culpabilidad “significa que deben valorarse negativamente los principios orientadores por los que el autor se ha dejado llevar en la formación de la voluntad, y que cabe por ello reprocharle personalmente el hecho, o dicho más brevemente, culpabilidad es reprochabilidad en la formación de la voluntad”.²⁸⁵

Según Lackner, la base para poder emitir un juicio de culpabilidad descansa en la capacidad del hombre para ser motivado o determinado por las leyes, en su habilidad para poder monitorear los impulsos transgresores dentro de sí mismo y procesarlos racionalmente y como parte del mismo proceso, tener en cuenta las reglas morales y legales relevantes”.²⁸⁶ “La culpabilidad hunde sus raíces en la idea de la libertad humana”, señala Rodríguez Devesa. “Un sujeto es considerado culpable cuando se piensa que podía haber actuado de otra manera a como lo hizo, que pudo haber conformado su conducta a las exigencias del Derecho, ajustarla al deber jurídico de proceder de otro modo. Es más, sin la idea de la libertad resulta imposible construir el concepto mismo del delito, puesto que donde no hay libertad falta no ya la culpabilidad, sino la acción: si el hombre está sometido de manera inexorable a férreas leyes físico-naturales, desaparece toda posibilidad de diferenciar el comportamiento humano de cualquier acontecimiento del mundo inanimado. El Derecho Penal está edificado sobre la base de que el hombre es un ser libre”. Corroborar este principio, añadiendo que la libertad es considerada como un bien jurídico preciado, digno de protección penal.²⁸⁷

El reproche de culpabilidad sólo es posible –asevera Enrique Cury– “si se atribuye al sujeto la capacidad de autodeterminar hasta cierto punto su conducta, esto es, un margen de libertad en sus decisiones. Ni el determinismo ni el libre arbi-

²⁸⁵ JESCHECK, op. cit., 22).

²⁸⁶ LACKNER, *Festschrift für Kleinknecht*, 1985, pág. 249.

²⁸⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., 1).

trio concebido a la manera del racionalismo clásico permiten fundamentarlo adecuadamente”.²⁸⁸ Julio B. Maier, no tiene dudas de que el sustento ideológico del principio de culpabilidad es la libertad del hombre para decidir y obrar, y “de allí que su determinación conceptual parta del reproche al autor de haber podido obrar de otra manera al conocer o haber podido reconocer potencialmente la criminalidad de su acción”.²⁸⁹ La capacidad del individuo para obrar de otro modo teniendo la posibilidad concreta de guiar su actuación conforme a Derecho, viene avalada, además de los insoslayables fundamentos antropológicos y psicológicos, no solamente por su identificación –mayoritariamente reconocida– entre las características propias del hombre (inherentes a él) a quien se dirige el juicio normativo-valorativo de reproche penal, sino por la concepción del ser humano que inspira a la Carta Fundamental y que ella garantiza en el más alto grado, singularizándolo como individuo digno, libre y responsable.

12. Ha sido tradicional vincular la cuestión de la “razón interna del reproche de culpabilidad –libre autodeterminación individual y poder obrar de otro modo– a las discrepancias entre determinismo e indeterminismo, sobre todo porque aquella fundamentación implicaría, según sus críticos, una expresa opción por el indeterminismo como base alimentadora de una libertad de la voluntad. La culpabilidad penal es diseñada de diferente modo, según se adhiera al libre albedrío del individuo o se lo rechace, predicando un indomitable condicionamiento social del actuar. La polémica, “vexata quaestio”, estimada hoy por muchos autores como estéril, por anticientífica e improductiva, se ha mantenido como permanente protagonista de una discusión, de una “disputa académica”, dividida en posiciones cerradas e irreductibles. El libre arbitrio, entendido como principio de “libertad natural” del hombre, es el fundamento de la “imputabilidad moral” en la Escuela Clásica. Su mayor representante, Carrara, advertía: “Yo no me ocupo de cuestio-

²⁸⁸ CURY, op. cit., 48).

²⁸⁹ MAIER, “Política Criminal, Derecho Penal y Procesal Penal”, *D.P.*, año 1, N^{os} 1 a 4, 1978, págs. 301 y ss.

nes filosóficas, por lo cual presupongo como aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre y como asentada sobre esa base la ciencia criminal, que mal se constituiría sin aquella”.²⁹⁰

Más de un siglo después de formulado el pensamiento del maestro de Pisa, Bettiol ha dicho que “donde no hay libertad no hay culpabilidad; donde no hay culpabilidad no hay posibilidad de pena-castigo que es pena retributiva. Si esta idea básica no pudiese encontrar una plausible explicación, está claro que no podríamos continuar más refiriéndonos a estos conceptos tradicionales”. “No se puede permanecer indiferente respecto de los problemas del determinismo o del indeterminismo del acto de voluntad. La libertad es un valor fundamental, de modo que afirmándola el Derecho Penal toma una determinada orientación y negándola se mueve en el camino opuesto.”²⁹¹

El autor trasandino Carlos Creus cita el “molde cultural” que representa el libre arbitrio, en cuanto fundamento asumido como axioma que no exige demostración y que ha orientado toda la teorización penal de los últimos tiempos.²⁹² Para Wessels, “Fundamento del principio de culpabilidad y de responsabilidad es la capacidad del hombre para decidirse libre y correctamente entre el derecho y la injusticia. Solamente si existe esta libertad de decisión, tiene sentido reprochar al autor culpabilidad”. Este pensador germano postula que los puntos de vista categóricamente opuestos del indeterminismo clásico y del determinismo no pueden ser demostrados con exactitud en el aspecto científico; por consiguiente, el derecho penal debe darse por satisfecho con el reconocimiento de que el principio de responsabilidad del hombre moralmente maduro y psíquicamente sano constituye una realidad irrefutable en nuestra existencia social.²⁹³ Winfried Hassemer —a quien Mercedes García Arán define como un autor muy crítico del concepto tradicional de culpabilidad—²⁹⁴ refiriéndose a los presupuestos bajo los cuales

²⁹⁰ CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, t. I, pág. 32.

²⁹¹ BETTIOL, cit., en COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, op. cit., 25).

²⁹² CREUS, op. cit., 172).

²⁹³ WESSELS, *Derecho Penal, Parte General*, 1980, pág. 109.

²⁹⁴ GARCÍA ARÁN, op. cit., 88).

puede hacerse a una persona un reproche de culpabilidad señala que ello plantea al mismo tiempo la cuestión de la libertad de voluntad. Desarrolla una cadena de pensamiento que aparentemente no tiene fisuras, pero que desde siempre ha inquietado a la ciencia penal y la ha inducido a buscar ayuda en otras ciencias, cuyos consejos han aumentado aun más las confusiones sobre el reproche de culpabilidad en vez de apartarlas; "...contenido del reproche de culpabilidad es siempre la constatación de que el culpable tenía una alternativa al comportamiento que se le ha reprochado, es decir, que podía actuar de un modo distinto. Si no tenía esa alternativa, no hay ningún sustrato, ninguna parte del comportamiento en el tiempo y en el espacio al que pueda reprochársele algo. En consecuencia, debe haber dirigido él mismo el comportamiento que se le reprocha, no puede haber sido dirigido (completamente) por otro. Es decir, debe haber tenido la posibilidad de libre formación de voluntad y actuación libre. Sin libertad de voluntad no hay alternativas de comportamiento y sin alternativas de comportamiento no hay reproche de culpabilidad". Agrega, tomando posición respecto de la libertad de voluntad, que "Con la libertad pasa como con la verdad o con la situación ideal para hablar. En el mundo de la experiencia sólo hay modos deficientes, mentiras y medias verdades, comunicación más o menos deteriorada. Sin embargo, permanentemente recurrimos a estas condiciones trascendentales de posibilidad y nos referimos a ellas. No es imaginable la vida humana sin recurrir a la libertad de los otros y a mi libertad. La persona sólo puede hablar, pensar, amar o alegrarse porque se siente como dirigente y no como dirigida. Sólo me puede mover a observar y a respetar la dignidad ajena si pienso en su libertad y sé que los demás proceden respecto a mí de la misma manera. Lo que, por tanto, puedo saber, son aproximaciones a la libertad y la referencia de los demás a su y mi libertad. En Derecho Penal sobre lo que habría que discutir es sobre cómo se producen estas aproximaciones a la libertad y no sobre determinismo e indeterminismo".²⁹⁵ "No creo que el Derecho Penal y la vida cotidiana pudieran subsistir

²⁹⁵ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, 1984, págs. 283 y ss.

sin la idea de libertad de voluntad, ni que las relaciones humanas en general o las conformadas jurídicamente puedan existir o entenderse bajo la hipótesis determinista de la dirección causal.”²⁹⁶

En consecuencia, a la luz de los postulados fundamentales recordados, mayoritariamente compartidos hasta hoy, resulta inaceptable la afirmación de Jakobs, en el sentido que la libertad es una categoría del conocimiento no conocida por el Derecho y que, en consecuencia, la función del principio de culpabilidad es independiente de la decisión que se tome en cuanto a la cuestión del libre albedrío. La subordinación o independencia de la culpabilidad –en cuanto categoría penal y contenido del principio que la proclama como garantía– con respecto a una definición y decisión filosófica previa, no debe buscarse, a nuestro entender, en la interminable controversia entre libre albedrío y determinismo, en un duelo estéril de proposiciones metafísicas ajenas a soluciones concretas, sino en aquello que la interrelación entre lo dogmático y lo empírico nos obliga a reconocer y aceptar: una visión realista del individuo, del ser humano, que, sin abdicar de su libertad de actuación (porque ello sería negar al hombre mismo), acepte los evidentes condicionamientos sociales que sobre él pesan (cuyo rechazo también implicaría negar al hombre mismo y a la sociedad misma). La concepción de la culpabilidad que se adopte estará enraizada, sin duda, en una determinada imagen del individuo, como ser puesto en el mundo real, y no podría ser de otro modo, si la culpabilidad (reprochabilidad, imputación, atribución o lo que fuere), es un elemento, un factor, un presupuesto, una referencia, “una magnitud individual”, que posibilita, amén de otros, un proceso de confrontación entre un sujeto concreto y específico y el Estado, tendiente a averiguar y decidir si cabe o no imponerle a ese sujeto, en ejercicio del *ius puniendi*, una sanción penal por haber actuado o no actuado en determinada forma jurídicamente significativa en la realidad social, proyectando en ella su concreta individualidad.

Eugenio Raúl Zaffaroni, al abordar el Derecho Penal de culpabilidad, explica que éste presupone una elección por una

²⁹⁶ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, 1984, págs. 283 y ss.

determinada concepción del hombre (concepción antropológica), la que lo concibe como un ser con autonomía ética (un ser con autonomía moral es una persona). “En síntesis: el derecho penal de culpabilidad es el que concibe al hombre como persona”.^{296 bis} Esta afirmación concisa, pero de profundo y sabio contenido, nos parece incontrarrestable, en cuanto señalamiento del estrecho nexo –claramente reconocible más allá de diferencias teóricas– entre una determinada concepción del hombre y un Derecho Penal culpabilístico; brinda además propicia oportunidad para recordar la tesis de Hegel: sólo la pena impuesta al individuo por razón de su culpabilidad le honra como ser racional y libre. La pena que responde exclusivamente a razones de prevención le instrumentaliza.²⁹⁷

La libertad de la voluntad, o mejor dicho la voluntad libremente traducida en actuación, no puede ser asimilada a los objetos físicos en cuanto objetos de conocimiento científico; ella, como apunta Hruschka, no puede verse, ni sentirse, ni olerse. Esto es, no hay un conocimiento directo de ella, pero sí puede darse una conciencia mediata, de modo que el observador pueda percibir si ella es obra de una voluntad sin libertad o decididamente de la necesidad.²⁹⁸ A esta “conciencia mediata”, a esta percepción indirecta, corresponden, sin duda, las “aproximaciones a la libertad” que menciona Hassemer.²⁹⁹ Es un error, advierte Edgardo A. Donna, pretender captar la “esencia del hombre” desde una óptica puramente naturalística, citando en su apoyo las disciplinas no jurídicas, uno de cuyos representantes destacados, Max Born, expresa: “Yo creo que el tratamiento filosófico del problema del libre albedrío sufre de no distinguir suficientemente entre los aspectos objetivos y subjetivos [...] La aplicación de conceptos científicos a la experiencia subjetiva es, en la totalidad de los casos, un procedimiento inadecuado”. También invoca al físico E. Schrödinger, quien advierte sobre

^{296 bis} ZAFFARONI, *Manual, Parte General*, 1979, pág. 44.

²⁹⁷ HEGEL, cit., por MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 82; del mismo autor, Introducción, págs. 155 y ss.

²⁹⁸ HRUSCHKA, *Festschrift für Kleinknecht*, pág. 201 y *Strukturen der Zurechnung*, pág. 6.

²⁹⁹ HASSEMER, op. cit., 295).

no confundir ni relacionar el indeterminismo en el movimiento de una partícula física con la libertad de la acción humana. Ello se debe a que el libre albedrío incluye la conducta ética humana, y ésta, aunque haya indeterminación física, no está indeterminada; ello es así porque la elección libre humana no es obra del azar, como acontece en física, sino determinada por motivos. Como contraparte, aun el alcance reducido de predictibilidad garantizado por la mecánica cuántica sería ampliamente suficiente para destruir la libertad ética, y el determinismo físico es un correlato totalmente adecuado al fenómeno del libre albedrío, el cual no es predecible desde fuera, pero determinado desde dentro.³⁰⁰ A la imposibilidad de una comprobación empírica de la existencia de la libertad se refiere Hartmann, señalando que “No hay manera alguna en que uno pueda aprehender la libertad, y la realidad de la libertad no puede ser probada directamente como la de algo perceptible”.³⁰¹

Es útil recordar aquí a Jescheck, cuyo aserto en orden a la fundamentación de la culpabilidad jurídico-penal es que “...los procesos psicológicos que sirven de base a la formación de la voluntad no siguen puramente las reglas de la Naturaleza, como la presión sanguínea, la respiración o la digestión, sino que se rigen con arreglo a leyes de determinación propias. La determinabilidad de la actuación descansa en la capacidad del hombre de controlar los impulsos que sobre él inciden y de dirigir su decisión según contenidos de sentido, valores y normas. El hombre se distingue precisamente de los demás seres vivos en que su comportamiento se ajusta a un sentido conferido por él mismo, en tanto que el animal permanece siempre encerrado en el mecanismo de su mundo instintivo”.^{301 bis} Por su parte, Hans Joachim Hirsch afirma que el Derecho no es una ciencia natural y que, por tanto, debe tomar al hombre como él se entiende a sí mismo, de lo contrario, se desembocaría en el vacío. Dado que el hombre se siente fundamentalmente libre, este fenómeno debe conformar el punto decisivo. Y el hombre

³⁰⁰ DONNA, “Pena y culpabilidad”, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, págs. 206 y ss.

³⁰¹ HARTMANN, cit., por HENKEL, op. cit., 315).

^{301 bis} JESCHECK, op. cit., 22).

no sólo se define como un ser libre y responsable, sino, además, lucha por ese ideal. El Derecho no debe ponerse en contra de los destinatarios de la norma, que se aceptan como hombres libres y responsables y, por ende, está obligado a aceptar la idea de la libertad de la voluntad.³⁰² Esta noción de “hombre libre y responsable”, capaz de autodeterminarse conforme a sentidos normativos, es la que –según indicamos anteriormente– por corresponder a la concepción del individuo prevista en las cartas constitucionales, ha venido a revitalizar como una noción fundamental –integrada en el orden jurídico como su base y que, por tanto, no puede ser contradicha ni desconocida en el plano normativo-penal– la libertad de la voluntad.³⁰³

Jaime Náquira recuerda que todas las Cartas Fundamentales en el ámbito iberoamericano, europeo o pertenecientes al mundo anglosajón, de manera explícita han dejado constancia, al igual que las principales declaraciones internacionales sobre Derechos Humanos, que la concepción que del hombre asumen es la de una persona libre y digna. Es esta concepción antropológica y no otra la razón determinante de que los pactos internacionales o Constituciones de diversas naciones se preocupen de explicitar aquel conjunto de garantías, derechos o “libertades” inherentes a la persona del ciudadano. Esta concepción del hombre, como ser libre y digno, capacitado, por ende, para autodeterminarse libremente en favor o en contra del Derecho, representa un “presupuesto normativo”, cuyo valor obliga al Estado, al legislador penal y a la autoridad judicial penal.³⁰⁴

En esta misma orientación, Gonzalo Fernández puntualiza que el “nulla poena sine culpa” es un principio indiscutido de eminente vocación garantista, que refleja un presupuesto antropológico en el seno del Derecho Penal, una determinada imagen del hombre como sujeto autónomo, digno y de naturaleza racional, que tiene incluso asiento constitucional.³⁰⁵

³⁰² HIRSCH, *El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal*, pág. 42.

³⁰³ Supra, Cap. Primero, 2, págs. 3-13.

³⁰⁴ NÁQUIRA, op. cit., 8).

³⁰⁵ FERNÁNDEZ, op. cit., 103).

Para Zaffaroni, “la culpabilidad sólo puede edificarse sobre la base antropológica de la autodeterminación como capacidad del hombre. Cuando se suprime esa base, desaparece la culpabilidad”.³⁰⁶

Las reflexiones precedentemente transcritas llevan a concluir, más allá de cualquier disenso científico, que el interrogante sobre la libertad humana debe ser asumido y respondido en el plano jurídico –específicamente jurídico-penal– de distinta manera que en otras esferas del conocimiento. No es posible omitir, a este respecto, el impecable razonamiento de Hilde Kaufmann: “Un interrogante sólo puede ser contestado desde el mismo plano [...] al cual pertenece la pregunta. En una autopsia no pueden ser descubiertas almas [...] no se puede presentar, describir y explicar un objeto de análisis científico en forma amplia y total en una teoría, en una enseñanza [...] se debe adoptar siempre una visión en perspectiva [...] la imagen del hombre que lo concibe como libremente autodeterminado es el fundamento de la categoría “responsabilidad” [...] sin esta categoría la vida en sociedad es sencillamente imposible [...] (pero) ella no provee ningún elemento de juicio para la explicación genética de la acción delictiva”.³⁰⁷ En otra de sus importantes contribuciones y refiriéndose al Derecho Penal de culpabilidad, la profesora Kaufmann rechaza el enfoque que sugiere abandonar totalmente la idea de culpabilidad, sobre la base de dos fundamentos: El primero se relaciona con la concepción del Derecho como conjunto global, compuesto en gran parte por normas, mandatos y prohibiciones que siempre se dirigen a la capacidad humana, a la aptitud del hombre para dirigir su propio comportamiento. Sólo en la medida que exista la capacidad humana, se puede razonablemente prohibir o mandar algo. El sistema total del Derecho fija su atención en la aptitud del hombre para gobernar una parte de los sucesos del medio ambiente y encuentra su frontera allí donde termina la facultad humana. Los deberes jurídicos están entonces necesariamente limitados por la capacidad humana. Hasta donde ésta

³⁰⁶ ZAFFARONI, op. cit., 296).

³⁰⁷ KAUFMANN, HILDE, en CREUS, *Introducción a la nueva doctrina penal*, pág. 95.

tiene vigor, aquellos pueden fundarse; más allá no, ya que tales deberes entonces no podrían ser cumplidos. El Derecho Penal no puede tener vida fuera de la estructura aludida, también dirige sus normas hacia la capacidad humana y encuentra en ella su límite. El reproche de culpabilidad sólo puede formularse cuando el sujeto se hallaba en situación de poder observar la norma. El segundo fundamento del mantenimiento de la culpabilidad, dice relación con la circunstancia de que si se renuncia a la categoría de la capacidad o del poder de dirigir la conducta y al concepto correspondiente de culpabilidad, el poder penal no quedará limitado a aquellos casos en los cuales el hombre podría haber actuado de otra manera; deberá asumirse como enfoque sustitutivo para la aplicación del poder penal únicamente el concepto de interés público o del interés de quienes ejercen el poder, “necesidad social”, concepción ésta propia de regímenes despóticos.³⁰⁸

Más allá de la antiquísima disputa filosófica, en la ciencia jurídico-penal se tomó conciencia de que ni el determinismo ni el indeterminismo permiten fundamentar adecuadamente el reproche de la culpabilidad, la desaprobación normativa de la libertad de elección y decisión manifestada en la conducta. No es la opción cerrada por una u otra alternativa el modo adecuado –racional– de zanjar la discusión, siendo en todo caso imposible una adhesión de ese carácter (absoluta) y exigible, por ser científicamente admisible; una postura ecléctica, conciliadora en lo que sea conciliable. Ambos puntos de partida, determinismo e indeterminismo, reclaman para sí –como lo precisan Maurach-Zipf– semejante posibilidad y se la niegan a la concepción contraria, por lo que puede hablarse de un “empate argumentativo” entre las dos tesis.³⁰⁹ El problema no se resuelve –aclara Gonzalo Fernández– juridizando cuestiones filosóficas. La culpabilidad penal configura, antes que todo, un aspecto de la imputación normativa. Por consiguiente, aun sin renunciar al credo metafísico, de todas maneras deviene imprescindible la

³⁰⁸ KAUFMANN, HILDE, “Derecho Penal de culpabilidad, concepto de la pena y ejecución orientada al tratamiento”, en *NPP*, año 3, 1974, págs. 109 y ss.

³⁰⁹ MAURACH-ZIPF, *Derecho Penal, Parte General*, págs. 600-601.

aceptación de soluciones pragmáticas. Es necesario admitir, conforme al presupuesto *sine qua non* que requieren las proposiciones jurídicas, un ámbito de libertad básico en el individuo. Sin facultad de autodeterminación, por recortada y precaria que fuere, resulta virtualmente imposible estructurar la noción de responsabilidad humana. Ello no significa negar que la libertad se encuentra condicionada por factores psicosociales, que arriesgaría extraviar la amarra antropológica elemental. De no ser así, si el hombre no estuviese sujeto a nada ni condicionado por factores externos, hasta carecería de sentido preguntarnos si el individuo es libre. Se trata –agrega– de evitar cuidadosamente el determinismo biocriminógeno cerrado, como también el indeterminismo metafísico absoluto, que arrastraría al Derecho Penal hacia una imagen ideal y normativizada del hombre. Las posiciones absolutas e irreductibles en el seno del Derecho Penal parecen estar condenadas al fracaso. Cualquier teoría de la imputación demanda cierta dosis de eclecticismo.³¹⁰

Welzel lo ha dicho en términos muy categóricos: El indeterminismo absoluto destruye toda posibilidad de imputar el hecho a un sujeto, pues si los actos del hombre son el resultado de decisiones arbitrarias y como suspendidas en el vacío, no es posible atribuírselos como suyos, ya que aparecerían aislados por completo de su personalidad, a la cual no puede conectárselos, porque eso significa aceptar que se encuentran determinados por algo distinto de sí mismos y de la volición correspondiente.³¹¹ En esta misma línea argumentativa, Maurach señaló que respecto de una voluntad que es libre en ese sentido (indeterminismo absoluto), la norma no está en posición de cumplir ninguna función, pues por definición es incapaz de determinarlo a obrar conforme a sus dictados.³¹² Por consiguiente –como establece Enrique Cury– sólo se puede partir de un indeterminismo limitado. El hombre se encuentra efectivamente determinado por distintos órdenes de factores, recordando el postulado welzeliano de que a nadie le es posible elegir lo

³¹⁰ FERNÁNDEZ, op. cit., 103).

³¹¹ WELZEL, *Derecho Penal alemán, Parte General*, pág. 158; cit. en CURY, *Derecho Penal*, t. I, págs. 17-18.

³¹² MAURACH, II, 36, I, B, pág. 98.

que ni siquiera le ha sido sugerido por el plano profundo de los instintos. Pero a diferencia del animal, al cual los impulsos instintivos le delimitan el qué y el cómo de la conducta, el ser humano está librado en esta materia al juego de tendencias contrastantes, que sólo imperfectamente le trazan el camino a seguir. Esto, que representa una desventaja, en cuanto lo somete a la perplejidad vital, donde las alternativas del animal están resueltas automáticamente, es también la fuente de su aptitud para conducirse conforme a sentido y valor, derrotando las puras compulsiones. La libertad humana aparece, así, no como una facultad de actuar arbitrariamente, de cualquier manera (indeterminismo metafísico absoluto), sino como la capacidad de *conferir un sentido a la conducta y de no sucumbir simplemente al juego desordenado de los influjos pasionales*.³¹³ Welzel definió a la libertad, no como un estado, sino como un acto, el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido.³¹⁴

13. Recordemos que a la concepción librealbedrista, entendida al modo absoluto, del indeterminismo total, se le opuso, en carácter de fuerte obstáculo, una interrogante crucial, que contribuyó fuertemente a la “crisis” de esa tesis y al surgimiento de nuevas teorías sobre la culpabilidad, distanciadas del “fundamento clásico”: ¿Es cierto en algún caso, que una persona, concurrendo exactamente las mismas circunstancias, hubiera podido decidirse (desear, actuar) de forma distinta a como de hecho lo hizo?³¹⁵ Quienes abogan por el indeterminismo, apunta Albin Eser, se encuentran ante una serie de problemas derivados de esa toma de postura, ya que deben plantearse esta pregunta: ¿cómo puede comprobarse que el autor concreto hubiese podido decidirse de otro modo en el momento crítico del hecho? Recuerda este autor alemán, que el Bundesgerichtshof no dio respuesta alguna a esta cuestión crucial, simplemente afirmó como principio básico la capacidad del individuo para

³¹³ CURY, op. cit., 48).

³¹⁴ WELZEL, op. cit., 311).

³¹⁵ HENKEL, *The self-determination of man as a problem of Legal Philosophy*, L.S., vol. 14, 1976.

autodeterminarse libremente y decidirse en un sentido distinto (en otro sentido) del hecho antijurídico, esto es, conforme a Derecho.³¹⁶ Karl Engisch aceptó confesar “nuestra ignorancia en relación a la cuestión de si un hombre concreto en una situación concreta pudo actuar de un modo distinto a aquel en que efectivamente actuó”.³¹⁷

Surgió con gran fuerza en la dogmática, como efecto indiscutido de la “debilidad intrínseca” atribuida a la “razón interna del reproche de culpabilidad” –agravada por la anciana disputa metafísica proyectada al ámbito jurídico-penal– la crítica fundada en la imposibilidad de una reconstrucción jurisdiccional, “forense”, a posteriori de la libertad de actuación del autor en la concreta situación de hecho juzgada. Ya no se trata entonces de poner en duda, como supuesto atributo del hombre, su aptitud para autodeterminarse libremente y elegir una vía determinada de actuación frente a los mandatos y prohibiciones del Derecho, y de cuestionar una posibilidad general en el ámbito de las ciencias del conocimiento –metafísico, impersonal e intemporal– sino de plantear la imposibilidad de reconstituir a posteriori y de manera exacta el mismo instante crítico en que el agente efectuó su acción antijurídica, con todos los mismos factores concomitantes y determinar, con este método, la concreta posibilidad contraria de actuación conforme a la norma. Se trata de considerar –y aceptar– que las características propias de la administración de justicia penal conllevan un alejamiento, una desvinculación –bajo varios puntos de vista, de tiempo, de lugar, de intervinientes, de posibilidades probatorias– entre el tribunal y la específica situación ocurrida anteriormente (generalmente mucho tiempo antes), lo que contribuye eficientemente a la imposibilidad de una real y exacta reconstrucción en sede jurisdiccional.³¹⁸

Gimbernat ha dicho que, aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no, un determinado delito: si un psicoanalista,

³¹⁶ ESER, op. cit., 134).

³¹⁷ ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1967, págs. 81 y ss.

³¹⁸ CÓRDOBA RODA, op. cit., 161).

contando con el constante esfuerzo del paciente por colaborar y por superar sus inhibiciones y después de largos años de tratamiento psicoterapéutico sólo aproximada e inseguramente puede llegar a constatar, sobre la base de hipotéticas explicaciones que nunca encuentran confirmación absoluta, qué peso tienen y cuáles son los factores que determinan el comportamiento del analizado, ¿cómo va a poder conseguirlo el no especialista (el juez) en el tiempo muchísimo más limitado de que dispone? La conducta depende de tal multitud de elementos que cae fuera de las posibilidades humanas abarcarlos y averiguar cómo han actuado en el caso concreto: un hombre –con sus siempre limitados conocimientos– no puede juzgar a otro hombre.³¹⁹

Henkel ha dado cuenta de una “comprobación parcial”, esto es, que algunos elementos de la capacidad de autodeterminación del individuo pueden ser acreditados. “Si el autor pudo o no, en la concreta situación, prever el curso externo de la acción y las repercusiones de ella (la producción de un determinado resultado de lesión o de peligro), puede considerarse enjuiciable mediante un suficiente número de comprobaciones del grado de inteligencia y de la experiencia de la vida del autor”. Lo mismo sucede con la pregunta acerca de si el autor, de acuerdo con su personalidad, tal como se ofrece al que formula el juicio, podía comprender el desvalor o lo injusto de su conducta. En cambio, postula como no susceptibles de comprobación empírica, individualizada, otros factores: “Si el autor tenía la posibilidad concreta de asumir emocionalmente el fin de su conducta considerado como ‘correcto’ por su razón, es decir, si su razón podía desencadenar los impulsos emocionales del sentimiento del valor y del deber, que hubieran sido apropiados para mover la voluntad en esa dirección. Tiene que quedar también sin respuesta –señala el jurista– la pregunta de si el autor tenía la posibilidad de aportar mediante su voluntad la energía que hubiera sido necesaria para superar las inhibiciones y resistencias que se derivaban de las circunstancias externas y/o de impulsos contrapuestos de la esfera vital o del sentimiento”.³²⁰

³¹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., 58).

³²⁰ HENKEL, op. cit., 315).

Esta “clásica” cuestión se debatió intensamente en el coloquio de Santiago de Chile, coincidiendo Enrique Cury con Enrique Gimbernat, en cuanto a que el libre albedrío es algo no probado e improbadado, pero complementando este aserto con el de que el extremo opuesto tampoco está probado, que el determinismo es algo tan improbable como el libre albedrío. Rechazó Cury la disyuntiva planteada por el autor español, de aceptar o no aceptar la culpabilidad (se cree en la culpabilidad o no se cree en ella), sosteniendo –y esto es de gran relevancia para la controvertida “reconstrucción forense posterior”– “que la cuestión de si un concepto que reconoce un fundamento dudoso puede no obstante ser una hipótesis de trabajo de la Justicia, es una cuestión que puede plantearse lícitamente, sin necesidad de que lleguemos a situarla en el ámbito de contradicción...”³²¹

En ese mismo encuentro científico, Roxin aludió a un “principio regulativo”, es decir, se puede elaborar una presunción de que la culpabilidad existe, de que el ser humano es libre, sólo en lo que le sea favorable. En este sentido puede utilizarse la culpabilidad como límite de la pena. Es decir, no se presume la existencia de la culpabilidad en nada que pueda perjudicar al reo, sino solamente en lo que pueda favorecerle. Se presume el libre albedrío, se presume la libertad, la culpabilidad, pero no es una afirmación sobre la existencia (asimila esta presunción a la del Derecho Civil, que tiene al feto como nacido para la adquisición de derechos; se le considera como nacido, lo que no supone afirmar su nacimiento).³²²

A su turno, el profesor Manuel Guzmán replicó la tesis del profesor Gimbernat, planteando, como principio, la imposibilidad de enunciar la culpabilidad, en cuanto reproche, si el individuo no tuvo la perspectiva de elegir, de lo que se sigue que la culpabilidad supone la libertad. ¿Cómo podemos hablar de voluntad sin entender que estamos refiriéndonos a una voluntad libre, no a una voluntad determinada? ¿Cómo podríamos, incluso, sin este poder de inhibición, pensar en que detrás está el poder punitivo o sancionatorio del Estado, si el sujeto no tiene

³²¹ CURY, op. cit., 274).

³²² ROXIN, *RCP*, enero-abril 1973, N° 1, t. XXXII, págs. 196-197.

alternativa de actuar de otra manera? Después de referirse, además, a los conceptos de acción y de querer, postula que todos los conceptos en los cuales la culpabilidad tiene una gravitación fundamental presumen la libertad, que aparece como el presupuesto de la responsabilidad.³²³ Coincidiendo con el profesor Guzmán, Alfredo Etcheberry expresó que “la libertad metafísica puede ser indemostrable –en realidad, pocas cosas hay absolutamente demostrables, hasta la existencia misma de los delinquentes para ciertas escuelas filosóficas es indemostrable racionalmente y deben ser aceptados como punto de partida– pero la libertad fenomenológica es aprehensible por contemplación y en Derecho trabajamos con ella. No la demostramos racionalmente desde el punto de vista metafísico, pero sí la vivimos existencialmente como una experiencia común y eso es suficiente para que el jurista pueda trabajar con ella”.³²⁴

El profesor Luis Cousiño Mac Iver, exployándose sobre el tema en el mismo evento académico aludido, planteó que le parecía ser testigo nuevamente de una lucha entre clasicistas y positivistas, “porque por mucho que queramos hablar de la no existencia del libre albedrío, de que no hay racionalidad, de que no se puede probar la libertad, hay un hecho por encima de todo. Yo admito que la libertad no se puede probar, pero sí que se puede probar la falta de libertad que es lo inverso”.³²⁵ En su *Tratado de Derecho Penal chileno*, el profesor Cousiño señala que situar el problema de la libertad de obrar en sede de culpabilidad es menguar su real extensión, puesto que todo el delito, especialmente la acción, requiere, conceptualmente, de la libertad de voluntad. Todo el derecho se ha constituido, expresa el autor, sobre la base de que los hombres son libres, que poseen voluntad autónoma, de que no tienen trabas –aparte de las legales o morales– para decidir sus actos y actuar, así como de elegir su línea de conducta, todo ello sin perjuicio de las excepciones de inimputabilidad. Poner en duda la libertad de voluntad es someter a duda el más importante fundamento del derecho: el de que los individuos, como sujetos de derecho,

³²³ GUZMÁN, *RCP*, enero-abril 1973, N° 1, t. XXXII, págs. 204-206.

³²⁴ ETCHEBERRY, *RCP*, op. cit., 323), pág. 215.

³²⁵ COUSIÑO, *RCP*, op. cit., 322), pág. 215.

poseen capacidad jurídica, o sea, que son personas, con todos sus atributos inherentes, es decir, aparte de los legales aquellos de índole física y moral, como la razón, la conciencia, la voluntad. Hace suyo el pensamiento de Radbruch, en cuanto a que la esencia del hombre es la razón, no siendo concebible, en consecuencia, una razón ayuna de libertad de voluntad.³²⁶

En la ponencia presentada al coloquio internacional antes aludido, denominada “La culpabilidad como criterio limitativo de la pena”, Roxin expresó la siguiente idea, en relación a su aserto de que la culpabilidad no puede fundamentar la pena, sólo puede limitarla: “La consideración de que en el Derecho Penal no debiera partirse de un supuesto tan poco probable como el de la existencia de una libertad de voluntad y de la posibilidad de culpabilidad humana que se deriva de ella, es conveniente sólo en la medida que el hechor es perjudicado por él. En tanto el principio de culpabilidad tenga una función limitadora de la pena, obra exclusivamente en favor del hechor. No puede objetarse que la total abolición de la pena, que sería la consecuencia de la prescindencia del principio de culpabilidad, sería aun más favorable al hechor, pues su conducta no permanecería entonces impune, sino que quedaría sujeta a las medidas de seguridad estatales, las cuales carecen de las garantías liberales del principio de culpabilidad. El hecho de que el principio de culpabilidad favorece al hechor no puede ser discutido ni criticado desde puntos de vista lógico-jurídicos. Presunciones en favor del individuo son un medio muy usual en la técnica jurídica y no caben, en absoluto, reparos desde el punto de vista de un estado de Derecho. Ni siquiera es necesario admitir que el legislador al emplear la medida de la culpabilidad para limitar la facultad de intervención estatal, estaría pronunciando un juicio que no le compete sobre la libertad de la voluntad humana. No se trata, en este caso, de una afirmación sobre el ser, sino que de un postulado de política criminal dirigido al juez: “Ustedes deben tratar al ciudadano por su inclinación a la libertad individual como un hombre capaz de una decisión autónoma y responsable, mientras la motivación nor-

³²⁶ COUSIÑO, op. cit., 6).

mal de su hacer no esté excluida por perturbaciones espirituales. Reglas del juego sociales de este tipo, que son favorables a un ordenamiento satisfactorio de la convivencia humana (que por lo demás determinan la vida social total del hombre, también fuera del Derecho), no deben ser consideradas como una comprobación seudocientífica en el mundo del ser. Son principios reguladores normativos, que no deben ser enjuiciados de acuerdo a los criterios de ‘verdadero’ o ‘falso’, sino de acuerdo a su fecundidad social o su dañosidad”.³²⁷

Se trata, entonces, de “una ficción necesaria para el Estado”, expresión ésta acuñada por Kohlrausch³²⁸ y que en la postura de Roxin es una presunción general de que el individuo es capaz de autodeterminarse en forma libre y responsable, cuyo derivado normativo es que el requisito de la culpabilidad individual sólo opera en favor del autor, en términos tales que todas las acciones inculpables restan impunes y la medida de la culpabilidad opera como límite superior de la pena. No se trata –señala Roxin– “de una afirmación sobre el ser”, pero sí de una asunción en el plano normativo-judicial –por lo tanto, para la realización de la justicia penal– de que el individuo posee, como característica antropológica y social general, libertad de decisión y actuación, debiendo presumirse su aptitud para decidirse en favor del Derecho y no en su contra, hasta tanto no se acredite una causal de exculpación, que demuestre en el caso concreto la falsedad de “lo presumido”.³²⁹

Aunque pudiera tratarse sólo de una “hipótesis normativa de trabajo” –afirmación que no podemos compartir en la forma categórica y excluyente planteada– en Derecho Penal la presunción se basa en un hecho conocido –la libertad (restringida) de actuación del hombre (realidad antropológica)– del cual se deduce, como consecuencia, la específica capacidad de determinación conforme a la norma jurídica del sujeto concreto sometido a juzgamiento. No hay carga de la prueba para la libertad humana de actuación –capacidad de conducta alternativa– si la hay para la inexistencia de esa aptitud individual en el supuesto concreto juzgado.

³²⁷ ROXIN, op. cit., 322).

³²⁸ KOHLRAUSCH, *Festgabe für Güterbock*, 1910, pág. 26.

³²⁹ ROXIN, op. cit., 322).

Es conveniente no olvidar que la crítica más fuerte dirigida por numerosos penalistas a Roxin, se vincula, precisamente, con la contradicción sistemática “difícilmente superable” que se advierte en la mantención de la culpabilidad como límite de la pena, a la par que se la suprime como fundamento de ella. Es la supresión de la culpabilidad, como categoría fundante de la reacción penal, no obstante presumirse la libertad de decisión y adecuación al Derecho, y la conservación de la culpabilidad como barrera o límite de la pena, el hito que, en esencia, separa a la tesis roxiniana del Derecho Penal culpabilístico “clásico”, toda vez que existe acuerdo sobre los fines preventivos de la pena, excluyéndose que la retribución pueda ser un fin o meta de ella, no obstante que retrata su naturaleza. Ya hemos citado algunas de las objeciones más relevantes y conocidas a la “tesis contradictoria” del maestro germano, encontrándose en el universo de la crítica a comentaristas de diverso signo “ideológico-penal”, de distinta concepción general del sistema penal.³³⁰

En concepto de Cousiño, “La necesidad de encontrar una fundamentación a la culpabilidad es precisa y necesaria para la doctrina de Roxin. De ello deriva el que la hipótesis de una libertad y de voluntad y responsabilidad normativas aparezca como un leitmotiv en todos sus escritos” y cita, para refrendar su aserto, un artículo publicado en la “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, en el cual el tratadista alemán expresa que “La libertad de acción no necesita de ninguna comprobación, porque su rol en Derecho Penal no es el de existencia real, sino tan sólo normativa; cuando los principios se obtienen de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad no es del caso atender a la lucha entre deterministas e indeterministas, sino a la orden dada a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial: Ustedes deben tratar a los ciudadanos como seres libres y responsables”.³³¹ Destaca Cousiño el “alto ingenio” de la hipótesis normativa, denunciándola, sin embargo, como igualmente inde demostrable empíricamente que la libertad de la voluntad, toda vez que se ignora dónde se encuentra la supuesta norma.³³²

³³⁰ Supra, este Cap., párr. 5.

³³¹ COUSIÑO, op. cit., 6).

³³² Idem.

Las consideraciones que anteceden nos llevan a coincidir con el profesor últimamente citado, en cuanto a que "...debe desecharse toda tentativa para privar a la culpabilidad –y aun a la acción– de su fundamento esencial: la libertad de voluntad del ser humano para elegir y resolver su conducta",³³³ premisa ésta que llevada al terreno del concreto juzgamiento penal de una acción antijurídica, obliga a reconocer y considerar los factores que hayan podido anular o atenuar su realidad (causales exculpantes o atenuantes).

Sobre la base de nuestro permanente contacto con la aplicación práctica del Derecho Penal estamos persuadidos que la libertad de actuación de que se viene hablando representa una experiencia existencial real y común, con la que vivimos a diario y con la cual trabajamos, considerándola como uno de los fundamentos (influyen sin duda muchos otros) que llevan a la solución del caso concreto, reconociendo obviamente –y así lo hace la ley en general, no sólo la penal– situaciones de excepción, en que el sujeto no estuvo en situación de optar –y decidirse– voluntaria y libremente frente a la exigencia normativa.

Un sector importante de la dogmática alemana, coincidiendo, en lo fundamental, con la doctrina del Tribunal Supremo Federal (BGH), ve en la libertad de actuación un presupuesto inexcusable del principio de culpabilidad; se afirma que pese a resultar imposible probar la posibilidad de poder obrar de otro modo, es preciso mantener un concepto de culpabilidad determinado por esta idea. Esta tesitura, de mantener el "indemostrable" libre albedrío se apoya, en lo esencial, en la conciencia de libertad del ser humano y/o en consideraciones normativas; así, se afirma que el libre albedrío no precisa de prueba alguna, por cuanto nuestra vivencia de la libertad implica que llevamos en nosotros la representación de la existencia del libre albedrío, que ésta nos viene prácticamente impuesta. Se agrega que la cuestión relativa a cuál es la imagen del ser humano de la que parte el ordenamiento jurídico –presuponiendo que ésta es la cuestión decisiva– es en primer lugar de carácter normativo, por lo que carecería de sentido establecer una carga de la prueba.

³³³ COUSIÑO, op. cit., 6).

En la misma línea de la presunción de la libertad humana para actuar de otro modo, Cobo del Rosal y Vives Antón entienden el rechazo que puede producir la idea de que se castiga sobre la base de una indemostrable presuposición de libertad de la voluntad. Mas, castigar o no castigar no es una opción teórica, sino una opción práctica. O se presupone que el hombre es libre y se le castiga por las infracciones de las normas que libremente comete, o se presupone que no lo es, y entonces hay que recurrir a esquemas causales (no normativos) para dirigir su conducta. Por insatisfactorio que parezca sancionar sobre la base de una presunción, más insatisfactorio resultaría gobernar la sociedad como un mecanismo. El hombre podría entonces ser tratado como un mero suceso natural. Los poderes del Estado no se enfrentarían al límite constituido por la dignidad humana, que se apoya en la concepción del individuo como ser capaz de elección. El problema no es –señalan estos dos autores– la elaboración de un Derecho Penal libre de presupuestos ontológicos, sino la elección de aquellos presupuestos de los que emanen consecuencias menos insatisfactorias.³³⁴

14. Nuestros penalistas se han hecho cargo, en obras de reciente aparición, de la polémica y “venerable cuestión”: Sergio Politoff, en su *Derecho Penal, Parte General* (1997), después de definir la culpabilidad como el reproche fundado en que el hechor habría podido actuar diversamente, afirma que si la culpabilidad se define por la circunstancia de que el sujeto estaba en condiciones de hacer lo que el Derecho le exige, aparece clara la relación entre culpabilidad y libertad de decisión. Manifiesta que cualquiera sea el punto de partida filosófico, es inútil negar que la idea de voluntad libre pertenece a una de las más elementales estructuras de comunicación en que descansa la vida social (se piense en el ejercicio de la libertad política, libertad para casarse, para aceptar o realizar una actividad, para pensar distinto, etc.). Esa libertad es la que interesa al Derecho Penal, “libertad social” (no puramente moral) para poder actuar de manera diversa. Como la vida humana es inconcebible sin el reconocimiento

³³⁴ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, op. cit., 25).

de la libertad propia y la de los demás, es esta “libertad relativa” que se ejerce en el contexto social la que tendría que ser tomada en cuenta para el reproche de culpabilidad. A propósito de la “reconstrucción forense a posteriori” (negada como impracticable por varios autores), opina Politoff que si bien el juez no estará en condiciones de leer en profundidad del alma del hechor, si podrá –según cuales sean las circunstancias del caso– tener una idea aproximada, sobre la base de la experiencia del hombre medio, de la medida de libertad social de que disponía el hechor para actuar de manera distinta a como lo hizo en el caso concreto y saber así si le era exigible otra conducta.³³⁵

Jaime Náquira Riveros, en su texto de *Derecho Penal, Teoría del Delito* (1998), adhiere a la doctrina dominante, que en forma tradicional ha postulado como fundamento material de la culpabilidad a la persona como ser libre. Señala que esta concepción antropológica del hombre como ser libre, y por ello responsable, es una idea-valor que impera desde siempre en la sociedad y cultura occidental y, además, está directa o indirectamente consagrada, reconocida y proclamada en los principales textos de Derecho Internacional Público y en las Constituciones de diversos países. De “lege lata”, la comunidad jurídica internacional y las constituciones políticas de los Estados pertenecientes al sistema jurídico europeo-continental o anglo-americano han asumido y consagrado, como “presupuesto normativo internacional o constitucional”, la concepción antropológica del hombre como ser libre y digno y, consecuente con ello, le reconocen su capacidad para autodeterminarse en su vida de relación conforme o contra el Derecho.

La tesis de que el fundamento material de la culpabilidad es la “libertad de la voluntad”, no implica una opción puramente doctrinaria, sino una concepción antropológica del hombre hecha suya por el constituyente y el legislador, y por ello es una exigencia legal positiva a la que no pueden substraerse el legislador, ni la doctrina, ni la jurisprudencia. Aceptando el supuesto discutible de que la “libertad de voluntad” es algo imposible de demostrar, Náquira sostiene que la “limitación” de que adolecería dicho supuesto es algo innecesario en el ámbito del Derecho

³³⁵ POLITOFF, op. cit., 280).

Penal. De lo que se trata es que el juez, al condenar a un individuo por hallarlo culpable, lo trate “como si fuera un ser racional y libre”, como si poseyera una conciencia a la que dirigir un reproche moral contenido ya en la norma. “El libre albedrío actúa así no como un dato empírico que el juez debiera comprobar, sino como un ‘presupuesto valorativo general’ del sistema que convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral.”

Desde esta perspectiva, lo que debe ser demostrado, en casos excepcionales, es la negación, la ausencia del libre albedrío en aquellas situaciones en las cuales la ley presume que aquella facultad está ausente (v. gr. enajenación o menor edad). Reproduce el autor la aseveración de Hierro, en el sentido que “quienes niegan la existencia del libre albedrío y, en cambio, afirman la dignidad o la igualdad ante la ley deberían, siempre, exigir que en cada caso concreto el juez comprobara empíricamente que el inculpado posee ambas condiciones, lo que evidentemente es imposible”.³³⁶ Califica el académico chileno de discutible la afirmación de una imposibilidad absoluta de determinar la existencia o ausencia de libertad en una acción humana. Planteada la interrogante en el campo jurídico, será el Derecho probatorio el que fijará los medios de prueba, directos o indirectos, a los que se puede recurrir. No siempre es posible, ni necesario, para determinar la existencia de un hecho, acudir a pruebas directas, y no por ello se puede dudar de su verdadera “cientificidad” o “validez”. Así, por ejemplo, no toda la información científica existente hoy en día sobre el genoma humano o sobre el cosmos se ha extraído de una evidencia directa e inmediata; por el contrario, la aproximación a dicha realidad ha sido por vía indirecta o mediata, lo que no le ha restado mérito de “científica” o “válida”.

Extrapolando este razonamiento, Náquira considera plenamente razonable y legalmente válido, establecer la “libertad de la voluntad” de un sujeto, o su ausencia, y en relación a un hecho concreto por vía indirecta, v. gr., las presunciones.³³⁷

En opinión de Felipe de la Fuente, “...el arraigo del principio normativo de libertad no es gratuito, sino que se basa en una realidad que no puede ser desatendida simplemente porque no

³³⁶ NÁQUIRA, op. cit., 280).

³³⁷ Idem.

cabe en la óptica científica”. Esta última –señala el comentarista– es de suyo impotente frente a conceptos que, como el de libertad, sobrepasan sus fronteras y que, sin embargo, marcan profundamente la realidad humana desde su mismo modo de ser. Es su convicción que la fuerza normativa del principio de libertad humana surge precisamente de la realidad de la libertad como particular atributo del individuo. Saliendo al paso de las críticas y ataques dirigidos al Derecho Penal de culpabilidad, sustentado en la libertad de actuación, deja muy en claro su sólida convicción, señalando que “La realidad de la libertad no conduce a un derecho penal desinteresado de los aspectos preventivos de la pena, ni a una pena retributiva orientada sólo al castigo, ni a desconocer la responsabilidad social del delito, ni a un derecho penal que da la espalda a los avances de la ciencia, etc., sino, por el contrario, aparte de brindar el único sustento sólido al principio de culpabilidad, nos lleva a incorporar elementos individualizadores de imputación subjetiva, a asignar un papel lo más reducido posible al derecho penal en el manejo de los conflictos sociales y a concebir la pena en una dimensión preventivo especial, pero proporcionada no a la peligrosidad sino a la culpabilidad del sujeto delincuente”.³³⁸

La demostración de la libertad de la voluntad como dato empírico –apunta Hierro– sería imposible en abstracto y en concreto, pero no es eso lo que se persigue con la afirmación del principio de culpabilidad. Lo que, de contrario, significa es que el juez, al condenar a un inculpado imponiéndole una pena prevista por la ley penal, trata al imputado como si fuera un ser racional y libre, como si tuviera una conciencia a la que dirigir un reproche contenido ya en la norma, en coherencia con la premisa general de que todos los individuos normales están dotados de “libertad de albedrío”, para actuar en un caso concreto, con excepción de los inimputables y los inculpables, que están fuera de ese “presupuesto valorativo general del sistema”.³³⁹

³³⁸ DE LA FUENTE, FELIPE, “Culpabilidad, pena y libertad”, *RDUCV*, XV, 1993-1994, págs. 231 y ss.

³³⁹ HIERRO, “Libertad y responsabilidad penal”, *ADPCP*, t. XLII, fasc. II, págs. 361 y ss.

15. Los criterios de la “motivabilidad por las normas” que buscan desplazar al “poder actuar de modo distinto” en la fundamentación de la pena, se han enfrentado a duros escollos en la tarea de sustentar la lógica interna de su sistema. No se divisa la razón –apuntan algunos autores– por la cual el recurso al poder individual de actuación distinta no sea más que una simple suposición –desechable por inverificable– y, en cambio, la apelación a la “motivabilidad normal”, a la cualidad personal del individuo de ser motivado pasivamente por la norma, y actuar conforme a su sentido, ¿por qué deja de ser una suposición? Para saltar el obstáculo de presuponer un concreto poder de actuar de modo distinto –que se rechaza– se recurre como fundamento a la postulación en abstracto.³⁴⁰

Enrique Gimbernat afirma en su *Estudios de Derecho Penal*, que “el Derecho Penal tiene que partir del presupuesto –generalizador y, por ello, indiferenciador y probablemente incorrecto– de que todos los no enajenados son accesibles al estímulo de la pena”.³⁴¹ Para Manuel Cobo del Rosal y T. S. Vives Antón, dar por supuestas la libertad o la motivabilidad, en su caso, ésa es la alternativa que resulta de las nuevas propuestas. Alternativa que no logra salvar el escollo principal, cual es el hecho de que la pena se viene imponiendo siempre sobre la base de una presuposición. Esta presuposición de “motivabilidad” es, además, idéntica a la involucrada en el aserto del libre albedrío. Pues si se presupone que el individuo normal, en circunstancias normales, es capaz de motivarse con arreglo a la norma, se está presuponiendo que el delincuente concreto (persona normal, en circunstancias normales), era capaz de actuar de acuerdo con el Derecho, esto es, de modo distinto a como lo hizo.³⁴² Si pudo el sujeto culpable motivarse en el sentido de la norma jurídica, quiere decir que actuó libre de influencias, fuerzas o estímulos que pudieran impedirsele y que, pudiendo comportarse de modo distinto, no lo hizo.

Por su parte, Muñoz Conde expone que “lo decisivo para la culpabilidad no es que el individuo pueda optar entre varios

³⁴⁰ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, op. cit., 25).

³⁴¹ GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., 58).

³⁴² COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, op. cit., 25).

haceres posibles, sino que tiene que optar por evitar uno determinado, precisamente aquel que prohíbe la norma penal”.³⁴³ En tal virtud, si tiene que decidirse por evitar la conducta lesionadora prohibida, estando “motivado” efectivamente por la norma penal y si la culpabilidad es “un juicio de desvalor” –como la define este autor– la desaprobación normativa que recaerá sobre el individuo tendrá su fundamento en que “optó”, esto es, “eligió” el comportamiento violatorio de las expectativas, en vez de haber elegido la alternativa de conducta opuesta, que, al respetar el mandato legal, “realiza”, “concretiza” o “satisface” la expectativa socialmente esperada. Por lo tanto, parece estar muy claro que si la motivación ha concurrido en el sujeto específico, lo que significa que ha “internalizado” la expectativa de conducta determinada en la ley penal, y a pesar de ello “optó” por infringir la norma, eligiendo y realizando el hacer prohibido penalmente –no optó por evitar ese hacer posible– entonces el individuo ha ejercitado su capacidad personalísima –su libertad, por restringida o limitada que debamos o queramos entenderla– para inclinarse subjetivamente de manera autónoma por una de las alternativas de actuación puestas a su alcance por el orden jurídico y llevarla a cabo en la realidad social, lo que evidentemente no puede dejar de significar –con prescindencia de especulaciones metafísicas o teorizantes– que estuvo en real situación de actuar de un modo distinto al que eligió.

Si no enfrentó “varios haceres posibles”, incluido el respetuoso de la norma, inclinándose en autónoma decisión por uno de ellos, “lesivo de expectativas”, habiéndolo podido hacer por otro, ¿de qué opción o elección podemos hablar? y además, ¿qué se desaprobaba en el juicio de desvalor? Esto se refuerza, a nuestro entender, con la explicación que da Muñoz Conde de la “motivación por la norma”, en cuanto ello significa que el actor se encuentra en una situación en que “puede regirse sin grandes esfuerzos por ella”.³⁴⁴ A menos que pretendamos sustentar un determinismo humano absoluto –lo que ningún penalista hace– tal posibilidad de ser gobernado por la norma y actuar de acuerdo a su sentido presupone un poder individual –precario, restringido,

³⁴³ MUÑOZ CONDE, op. cit., 238).

³⁴⁴ MUÑOZ CONDE, ídem.

pero innegable antropológica y normativamente— para resolver, dirigir y desarrollar actuaciones alternativas distintas.

16. Con respecto a la “reconstrucción forense posterior” del hecho incriminado y de las formas de intervención concreta de sus actores, la experiencia judicial nos demuestra que no solamente no es imposible, sino que en numerosos procesos se logra esa reconstitución en la forma más cercana posible a la esencia del conflicto, con claros beneficios para el éxito de la indagación y la justicia material.

Si alguien niega haberse encontrado en un determinado lugar, en circunstancias que su presencia allí exigía de él una determinada acción protectora de un bien jurídico, que no ejecutó, el juez podrá, a través de evidencias recogidas, indicios, imputaciones de testigos, careos con ellos, reconocimiento en rueda de inculpados y otros medios, llegar a recomponer en ese plano forense la realidad del conflicto penal ocurrido con anterioridad, de forma que algunas veces llegue a altos grados de certeza y seguridad y estabilidad, por ejemplo, que ese “actor” sí se hallaba en el lugar y en condiciones tales que objetivamente pudo haber actuado en la forma que de él se esperaba normativamente y que omitió. Si el imputado alega que a raíz de los soeces insultos dirigidos por el herido a él y su familia, se vio privado por vis compulsiva de todo control volitivo y se lanzó obcecadamente sobre el ofensor, hiriéndole gravemente, ¿será acaso una tarea imposible de realizar por el juez con los medios probatorios de que dispone, entre ellos, además de los dichos del sujeto, peritajes médicos, la inspección del sitio del suceso, el interrogatorio de los testigos y demás conocidos, establecer con la certeza inherente a una sentencia criminal si concurrieron realmente en el caso o no los elementos de la causal de exculpación invocada?; en otras palabras, si el imputado tuvo o no en su situación personal y social vivida, la real y concreta chance de obrar distinto a lo actuado y no herir al otro sujeto, absteniéndose de afectar un bien jurídico protegido. O si se prefiere de otro modo, si estuvo en posición de poder motivarse conforme a Derecho en esa concreta situación conflictiva, en vez de motivarse contra la norma, como lo hizo, y lesionar a otro. La diferencia entre uno y otro lenguaje para referirse a lo mismo, no va más allá de lo mera-

mente terminológico, ya que en ambas hipótesis se requiere en el “actor social” capacidad y libertad de decisión y actuación, capacidad y libertad enlazadas no con cuestiones abstractas ni metafísicas, sino con realidades sociales concretas, a las cuales los protagonistas se enfrentan dramáticamente, debiendo ellos responder de lo actuado por el papel cumplido, por lo realizado o no realizado. A fin de cuentas, la sola “reconstrucción forense” de un hecho no produce mecánicamente, por sí misma, la solución jurídica; ésta sólo puede ser hallada y dictada por el juez, quien debe conocer los hechos “reconstituidos” y apreciarlos y evaluarlos de acuerdo a los criterios reguladores de las pruebas y resolver en definitiva según su íntima y plena convicción (artículo 456 bis del Código Procesal Penal).

Un estudio muy acabado sobre el tema de la libertad de voluntad, en sus múltiples enfoques, filosófico, psicológico, sociológico y jurídico, se encuentra en el Tratado del Profesor Luis Cousiño Mac Iver, tomo III, ya citado anteriormente.

17. Con respecto al futuro de la polémica entre deterministas e indeterministas, Hassemer augura que ella seguirá eternamente sin decidir sobre lo discutido, porque realmente no existe. En forma exquisitamente gráfica, señala que “los oponentes no discuten entre sí, sino que conversan y pasean juntos”. En la polémica no se emplean argumentos en favor o en contra de la libertad de voluntad, sino que se dan por supuestos. Antes que comience el debate ya se ha decidido el problema de la libertad de la voluntad. En Derecho Penal, la mayor parte de los participantes en la polémica la va poco a poco abandonando, por estimarla inútil o, en todo caso, infructuosa.³⁴⁵ Juan Bustos hace ver que tanto los partidarios del libre albedrío como los deterministas –unos y otros, situados en posiciones absolutas e irreductibles– han ignorado la realidad del sujeto en el mundo. Lo ven como un ente de cualidades generales absolutas –el Hombre, con mayúscula– o bien atado a las peripecias de una causalidad ciega –el hombre, con minúscula–; mas, en ambas versiones se cae en el error de una perspectiva irreal, abstraída del tiem-

³⁴⁵ HASSEMER, op. cit., 295).

po y del espacio, en clave puramente metafísica, pero anticientífica.³⁴⁶ A la ineludible necesidad de suspender el histórico debate entre partidarios del libre albedrío y deterministas, se refiere Carlos Pérez, acotando que “Las dos tendencias ignoraron o desecharon la realidad del sujeto en el mundo, sus mutuas relaciones modeladoras o deformantes, pero más que esto, la especialidad del ser para producirse a sí mismo, elevarse sobre las hostilidades materiales e instituir la sociabilidad a través del trabajo. Hemos expuesto ya que las dos son posturas metafísicas y negativistas. La teológica, por ahogar al individuo en el exceso de oportunidades y colocarlo ante un derroche de ofrecimientos que es incapaz de poseer. La otra, por avaricia en los dones, por situarlo en un vaivén de causas impenetrables y de efectos inesperados, ajenos a su deseo y muchas veces contrarios a sus esperanzas”.³⁴⁷ “Ambas tendencias en el fondo son –postulan Juan Bustos y Hernán Hormazábal– pues marcadamente individualistas y estigmatizadoras, y en verdad reniegan del hombre como tal.”³⁴⁸ Muy hondo calan estas certeras observaciones precedentes en el “empate argumentativo” de las encontradas posiciones, donde cada una pretende imponer a la contraria con carácter de verdad absoluta, de dogma infalible, sin aceptar discusión, una cierta visión “egoísta” del ser humano, una imagen del individuo atada sólidamente a la propia, excluyente e irreductible convicción, contraria a la realidad antropológica –el hombre como ser, como “homo” situado en el mundo real– y, por tanto, falsa en cuanto propuesta científica.

Como ya se advirtió anteriormente, la única posición adecuada, al menos, para los efectos que interesan al orden jurídico-penal, es una “realista”, de naturaleza ecléctica, lo que significa el individuo como “actor social”, situado en la realidad que lo circunda; en otras palabras, un ser dotado de libertad de decisión y actuación, pero condicionado por numerosos y complejos factores psicosociales. De allí que los comentaristas hablen de “libertad relativa” o “libertad de decisión restringida”.

³⁴⁶ BUSTOS-HORMAZÁBAL, *Derecho Penal Latinoamericano Comparado*, t. I, págs. 212-213.

³⁴⁷ PÉREZ, *Tratado*, t. I, Cap. III, pág. 660.

³⁴⁸ BUSTOS-HORMAZÁBAL, *op. cit.*, 346).

Este concepto, señala Albin Eser, solamente puede ser abarcado “de manera negativa”, esto es, definiéndolo como “estar libre de algunos condicionantes internos y externos de los que se sabe por experiencia que restringen la libertad de decisión subjetiva”. Menciona como casos de ausencia de libertad relativa o de libertad de decisión restringida, en los cuales decae el reproche de culpabilidad, los de inexigibilidad de comportamiento adecuado a la norma.³⁴⁹ “La libertad de obrar no es entonces –apunta Julio B. J. Maier– liberación de la determinación causal dentro de un mundo abierto a todas las posibilidades, sino libertad dentro de lo posible, sometida a las leyes causales. De allí que pueda concebirse un margen plausible para la decisión y el hecho, margen que en algunos casos puede limitarse hasta su negación. Así, es posible que nuestra culpabilidad penal desaparezca o se reduzca considerablemente por la intervención de ciertas causas que la excluyen o aminoran, como por ejemplo, para la doctrina dominante, el dilema del estado de necesidad disculpante”.³⁵⁰ Rodríguez Devesa explica que el concepto de libertad que utiliza el Derecho no es nunca de tipo absoluto y abstracto, sino que hace relación a algo extrínseco a la libertad misma. Se es libre para hacer o no hacer algo concreto... Se trata de una libertad que es por naturaleza “relativa”. El concepto de esta libertad relativa en que se basan las leyes penales es más bien negativo. Consiste en la ausencia de coacción, es libre el que no actúa coaccionado. Con ello no se predica, en definitiva, la solución de ningún problema metafísico.³⁵¹

A la “libertad relativa” como la libertad decisiva para el Derecho Penal, se refiere Tiemeyer, advirtiendo que la culpabilidad no postula una libertad absoluta, sino una libertad relativa de querer, decidirse, actuar, la que es comprobable científicamente, ya que no entra en juego la totalidad del acontecer, infinito en su diversidad, sino únicamente aquel determinado caso dado, real o figurado, que ha causado en el sujeto la imposibilidad de elegir la mejor alternativa de conducta. Para resolver sobre la libertad relativa, deben establecerse solamente

³⁴⁹ ESER, op. cit., 142).

³⁵⁰ MAIER, op. cit., 289).

³⁵¹ RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., 1).

relaciones causales muy específicas. La interrogante acerca de si una circunstancia determinada, como por ejemplo una coacción psíquica o una perturbación mental, ha influido en una forma de actuación puede ser respondida, usualmente, con métodos empíricos; debido a que en ninguna fase del examen ha de tocarse el punto de si el individuo estaba conductualmente dominado por la inmensa e ilimitada totalidad de los más pequeños y alejados posibles factores determinantes.³⁵²

En 1952, el Bundesgerichtshof alemán, en su conocidísima sentencia sobre el error de prohibición, que según todos los autores representa un hito esencial en la historia del moderno Derecho Penal germano, declaró que con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al autor que no se haya comportado conforme a Derecho, que se haya decidido por lo que es contrario a Derecho, aun cuando hubiese podido comportarse conforme a Derecho, decidirse en favor del Derecho. La razón interna del reproche de culpabilidad está en que el ser humano está constituido para autodeterminarse libre, responsable y moralmente; por ello es capaz de decidirse por el Derecho y en contra de lo antijurídico, de adecuar su comportamiento a las exigencias de las normas del deber jurídico y de evitar lo que se haya prohibido por el Derecho. En época muy reciente, el catedrático Bernd Schunemann, crítico del concepto “clásico” de culpabilidad y adherente a la teoría roxiniana (aunque no en todos sus aspectos), se ha referido al libre albedrío, en una obra colectiva redactada por discípulos de Roxin en homenaje a su maestro, en los términos siguientes: “La forma en que usualmente se pone en duda el libre albedrío humano, en especial en Derecho Penal, constituye una elucubración irreal, que no sólo amenaza con desterrar al Derecho Penal de nuestra realidad social global, sino que también articula un malentendido básico en torno a la función del concepto de libre albedrío en el contexto social y de su contenido, que sólo se concibe en el sentido de dicho contexto. Ciertamente, el libre albedrío no es un mero dato biofísico, sino una parte de la llamada “reconstrucción social de la realidad”, e incluso, según creo, pertenece

³⁵² TIEMEYER, op. cit., 249).

a una capa especialmente elemental, al menos en la cultura occidental, cuyo abandono sólo sería concebible en caso de liquidación de esta cultura en su globalidad". Añade que, dadas las singularidades lingüísticas de una sociedad y, en especial, la gramática de su lengua, las que ponen de manifiesto una determinada visión del mundo, difícilmente podrá discutirse, al menos en el caso de ciertas lenguas (indogermánicas), lo arraigado del libre albedrío en las más elementales formas gramaticales. "En efecto, la construcción de las frases con un sujeto agente y un objeto que padece la acción, así como las formas gramaticales de la voz activa y la pasiva muestra una visión del mundo conformada por el sujeto activo y, en última instancia, por su libertad de acción, que constituye un punto de partida del cual no se puede prescindir en tanto en cuanto tales estructuras lingüísticas dominen nuestra sociedad."³⁵³

Después de ahondar en mayores consideraciones sobre lingüística comparada, el autor concluye que "El que aboga por un completo abandono de la idea de libre albedrío en Derecho Penal se comporta, por tanto, en el fondo, de forma tan ingenua como desvalida. Se comporta ingenuamente porque no advierte que el libre albedrío se halla asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y por ello tiene una presencia real en la sociedad. Así las cosas, no cabe prescindir de él en la planificación de modificaciones sociales, como tampoco es posible combatir la existencia de una administración estatal de eliminación de basuras con el argumento de que todavía no se ha advertido "la cosa en sí" que subyace a la basura y de que el hedor de los desechos constituye únicamente una errónea percepción de la realidad por el hombre. Y obra sin apoyo alguno porque está completamente excluido el poder retroceder más allá de las estructuras profundas de nuestra existencia social, de modo que sería completamente imposible la puesta en práctica consecuente de un Derecho Penal que partiera de la ausencia de un libre albedrío en el hombre".³⁵⁴

³⁵³ SCHÜNEMANN, op. cit., 85).

³⁵⁴ Idem.

18. Las implicancias morales atribuidas críticamente a los conceptos de culpabilidad y reprochabilidad –aunque no fuera más que por cuestiones semánticas– llevaron a los sostenedores del Derecho Penal culpabilístico a precisar que este fundamento y límite de la pena es “una culpabilidad jurídica” y no una “culpabilidad moral”. No ha de olvidarse –advierte Rodríguez Devesa– que al optar por el principio de legalidad es imposible sostener a priori la tesis de la identidad de la culpabilidad jurídica y la culpabilidad moral. El legislador puede ser torpe, equivocado o injusto. Pero, si de antemano se admite que sólo la ley es la única fuente del delito, el hecho seguirá siéndolo aunque sea moralmente indiferente e incluso aunque se considere moralmente valioso. Al afirmar que el hecho es culpable, únicamente se hace un pronunciamiento jurídico, no moral.³⁵⁵

A propósito de “culpabilidad jurídica y culpabilidad moral”, Maurach-Zipf aclaran que en el Derecho es indiscutido que, en principio, la culpabilidad jurídico-penal es autónoma frente a juicios de desvalor personales que reciben similar o igual descripción. La culpabilidad jurídico-penal no es lo mismo que la culpabilidad según representaciones valorativas religiosas o ético-individuales. La exhortación a una posible coincidencia entre la culpabilidad jurídica y la culpabilidad moral sigue siendo sólo eso, por importante que ella pueda ser en principio. Ambos conceptos son independientes en sus presupuestos. La culpabilidad jurídico-penal sólo puede ser construida sobre una acción típica y antijurídica; un pecado de pensamiento es ajeno al derecho penal, en oposición a la moral, del mismo modo que el derecho penal, al contrario de la ética individual, mira con absoluta indiferencia una infracción contra las representaciones valorativas exclusivamente personales del sujeto que actúa.³⁵⁶ “El concepto jurídico y el ético de la culpabilidad se ligan en el plano abstracto por un vínculo de relación y correspondencia, pero sólo exactamente en ese plano de la conceptualización abstracta. Al contrario, un juicio concreto de culpabilidad jurídica debe comprenderse siempre como una atribución pura

³⁵⁵ RODRÍGUEZ DEVESEA, *op. cit.*, 1).

³⁵⁶ MAURACH-ZIPF, *op. cit.*, 309).

de responsabilidad jurídica y no como un juicio moral.”³⁵⁷ “En sentido penal –indica Wessels– culpabilidad es culpabilidad jurídica y no moral o ética. Para el reproche de culpabilidad sólo son decisivas las representaciones de valor del ordenamiento.”³⁵⁸ En la literatura penal no siempre se percibe –advierte Angel Torío López– que al definirse la culpabilidad como “reproche” no se pretende más que destacar que la relación entre autor y acción se halla desaprobada jurídicamente, es decir, normativamente. Esto no implica en absoluto una referencia ética, una censura moral al autor por el hecho realizado. Especialmente es esto imposible cuando es patente una neutralidad ética de la infracción. También en el derecho penal administrativo existe la culpabilidad.³⁵⁹ “El uso indiscriminado del concepto moral de culpabilidad –apunta Hilde Kaufmann– produce una valoración diferenciada de desprecio al autor que debe combatirse. Tal posición tiene una multiplicidad de causas; sin embargo, lo que no se podrá discutir es que contribuye a ello el uso equivocado de culpabilidad en los dos sentidos citados. En efecto, los conceptos jurídico y ético de culpabilidad se ligan en el plano abstracto por un vínculo de relación y correspondencia, pero sólo exactamente en ese plano de la conceptualización abstracta. Al contrario, un juicio concreto de culpabilidad jurídica debe comprenderse siempre como una atribución pura de responsabilidad jurídica y no como un juicio moral”.³⁶⁰

19. Las dificultades, más que nada prácticas, “forenses”, derivadas de la alegada “indemostrabilidad procesal” de la posibilidad de establecer que un individuo, en una situación concreta, hubiera podido actuar de otro modo, no antijurídico, llevaron a proponer la tesis del “hombre medio”, conforme a la cual, para afirmar o negar la culpabilidad del sujeto específicamente imputado como infractor, debe establecerse si otro sujeto –“un hombre medio”– habría podido responder o no a la expectati-

³⁵⁷ MAURACH-ZIPF, op. cit., 309).

³⁵⁸ WESSELS, op. cit., 293).

³⁵⁹ TORÍO LÓPEZ, “El concepto individual de culpabilidad”, *ADPCP*, t. XXXVIII, fasc. II, págs. 285 y ss.

³⁶⁰ KAUFMANN, HILDE, op. cit., 308).

va emanada de la norma jurídica. Esto significa que la valoración normativa de la situación concreta del individuo que actuó contra Derecho, está sometida al poder medio de actuación diferente de un tercero, “el hombre medio”. Este criterio, este “juicio de culpabilidad comparativo”, ha sido preferido por un importante sector doctrinario para soslayar las insolubles dificultades que surgen de la eterna discusión acerca de la prueba de la libertad individual de actuación. Jescheck se expresa al respecto en los siguientes términos: “La doctrina dominante, por el contrario, reputa indemostrable la fundamentación del reproche de culpabilidad a través de la libertad del hombre como persona individual. Se entiende, en cambio, que sólo resulta posible un juicio de culpabilidad comparativo-social en el que se pregunte si “otro” (“un hombre medio”) una “personalidad a la medida” (*massgerechte Persönlichkeit*) colocado en el lugar del autor hubiese estado en situación de actuar de otro modo”.³⁶¹

Si bien hay que reconocer la capacidad del hombre para tomar decisiones libres, conforme a valores y normas, también deben aceptarse cosas que siguen siendo desconocidas para la investigación científica y posiblemente permanecerán siempre ocultas, como efecto de que la libertad, como parte del mundo trascendente, está fuera de la comprobación empírica. Por una parte, se ignora si de la libertad del hombre como especie cabe inferir la libertad del individuo en la situación concreta de su hecho, pues a causa de las constantes alteraciones que experimenta un hombre, las condiciones en que se produce la decisión no pueden reproducirse por vía de experimento, ni siquiera en caso de poder ser analizadas en su totalidad. Por otra parte, se ignora de qué manera consigue el hombre resistir los impulsos criminales que le apremian y obedecer los dictados de la ley moral. En otros términos, no es posible probar con claridad ni la existencia ni la forma de actuar de una “espontaneidad” específicamente humana en el acto de decisión individual. Asimismo, es posible que el hecho punible en concreto sea sólo el resultado de la relación de fuerzas existentes a la sazón entre

³⁶¹ JESCHECK, op. cit., 22).

los impulsos psicológicos y que en la irrepetible situación no haya tenido el autor las fuerzas necesarias para determinarse conforme a las normas jurídicas. “Por ello, el reproche de culpabilidad solamente puede dirigirse al individuo en los términos siguientes: el autor, en la situación en que se encontraba, hubiera podido actuar de otra forma, en el sentido de que con arreglo a nuestra experiencia sobre la esencia del hombre, otro en su lugar hubiera actuado de otro modo en las concretas circunstancias empleando la fuerza de voluntad que posiblemente faltó al autor. Pero la cuestión de si el acusado hubiese podido contar con la suficiente fuerza de voluntad y de qué modo se hubiera podido imponer ésta en la relación de fuerzas psicológicas, caso de haberse utilizado, debe quedar sin respuesta.”³⁶²

Ocupándose en concreto del “baremo del juicio de culpabilidad”, el mismo Jescheck señala que tal baremo lo ha de ofrecer “un poder medio”, ya que la comunidad no puede conformarse con que el autor se limite a ajustarse en la comisión del hecho a sus módulos personales, que bien pueden estar por debajo del nivel mínimo de esfuerzo de la voluntad exigible (medio) por parte del ordenamiento. “La individualización del delincuente no impide al Derecho Penal requerir de él lo que otro podría hacer en su misma situación. En ello radica la esencia de la imputación subjetiva”. El “poder medio” debe ser entendido como aquel que en circunstancias normales es esperado por la comunidad jurídica, debiendo preguntarse el tribunal si “se hubiera podido actuar de otro modo en las circunstancias concretas, para lo cual no debe atenderse ‘al hombre sin más’ (el género humano, excepto solamente el autor), sino a un hombre ‘a la medida’ (‘massgerechten Menschen’), que en su edad, sexo, profesión, características corporales, capacidad intelectual y experiencia de la vida debe imaginarse igual al autor”.³⁶³ “El juicio de culpabilidad –puntualiza Arthur Kaufmann– se basa siempre en una analogía.”³⁶⁴

Al “poder medio para actuar de un modo distinto”, se refiere Hassemer, caracterizándolo como un criterio sutil que es el

³⁶² JESCHECK, op. cit., 22).

³⁶³ Ibidem.

³⁶⁴ KAUFMANN, ARTHUR, op. cit., 12).

único que queda como índice para el juicio de culpabilidad. Esta conclusión se fundamenta en el rechazo a la afirmación de que el sujeto en el momento de actuar se ha decidido libremente por el delito y de que puede medirse y aprehenderse la diferencia entre decisión real criminal y poder ideal de comportarse de modo distinto, conforme a Derecho. Postula, además, el abandono de otro “bastión”, el de la pretensión de basar el reproche de culpabilidad en el poder individual de actuar de modo distinto. Nada se conoce acerca de las posibilidades reales del individuo en una acción alternativa, tal saber implicaría que existe una libertad real y que su diferencia con la acción realmente elegida puede ser aprehendida y medida. Se trata, dice Hassemer, de una “normativización” en el criterio del reproche de la culpabilidad, una disminución paulatina de los sustratos empíricos que hay en la doctrina de la culpabilidad. Este fenómeno de la normativización reviste gran importancia para los fundamentos del juicio de culpabilidad jurídico-penal. El objeto del reproche de culpabilidad varía, ya que no es más un dato evidente y mensurable sino que una construcción. El poder individual de actuar de un modo distinto es una afirmación empírica, “un dato”.

El que alguien haya equivocado la posibilidad de actuar de modo distinto a como lo ha hecho, supone que poseía ficticiamente la posibilidad alternativa. La equivocación individual no se puede demostrar si no se explican y mencionan las posibles alternativas efectivas que tenía a su disposición el sujeto concreto en su concreta situación. La “ventaja” de la normativización reside exactamente en la renuncia a explicar y mencionar las posibles alternativas. No puede decirse que el juez que prepara el reproche de culpabilidad tiene que investigar las posibilidades de poder medio de actuación de modo distinto con la sonda de la explicación empírica y real. “El hombre medio”, cuya capacidad es el baremo por el cual se mide al imputado a la hora de reprochársele su culpabilidad, “no es un homo, sino un homunculus, una imagen ideal y sólo en sentido metafísico se le puede considerar como un fenómeno”.³⁶⁵ Del mismo modo,

³⁶⁵ HASSEMER, op. cit., 295).

Córdoba Roda adhiere a un concepto “generalizador” al sostener que, “De admitir, conforme a autorizada doctrina, que existen dificultades prácticamente insuperables para poder llegar a afirmar, en virtud de un juicio “individualizador”, que el sujeto concreto disponía de la indicada libertad de actuación o sufría de alguna de las referidas alteraciones, entendemos que las referidas situaciones de ausencia o aminoración de capacidad deben ser concebidas como aquellos estados que producen un tal efecto de ausencia o disminución “en cualquier persona” en la que concurra el conjunto de elementos integrantes de la respectiva situación”.³⁶⁶

La cuestión no reside entonces en preguntarse –conforme a la tesis del “poder medio”– si el concreto sujeto imputado tuvo, en la concreta situación crítica en que se encontraba, la posibilidad de actuar de manera distinta y dirigir su conducta conforme a Derecho –porque esto sería impracticable en la realidad forense– sino preguntarse acaso un tercero, otro sujeto “término medio” (representante de la generalidad de los individuos), “un hombre normal, respetuoso de la ley y el orden” (Kaufmann) puesto en el lugar del autor y en su situación, habría podido comportarse de un modo distinto, evitando la comisión del hecho antijurídico. El juicio de culpabilidad es, por esencia, “comparativo”, se basa en una comparación, la del concreto autor actuante u omitente, con el genérico e impersonal “hombre medio”, la base del reproche de culpabilidad es el poder general (no individual) de actuar de otro modo, lo que se le reprocha al autor es haberse comportando de una manera diferente a la esperable y esperada del “hombre medio”. El reproche se hace radicar prácticamente –apunta Carlos Creus– en la diferencia entre el actuar del autor y el actuar que se requiere al “hombre medio”, sin que interese si aquél es o no responsable de esa diferencia; trátase de un “reproche forense”, que no necesita responder a requerimientos de carácter específicamente individual, y perteneciente a “un concepto social de culpabilidad”.³⁶⁷

Schünemann, por su parte, manifiesta que la crítica (victoriosa) al Derecho Penal retributivo ha extraído gran parte de su

³⁶⁶ CÓRDOBA RODA, op. cit., 161).

³⁶⁷ CREUS, op. cit., 172).

poder de convicción del argumento de que la premisa de la existencia del libre albedrío, a la cual está atada la posibilidad de la culpabilidad, no es comprobable ni de modo general ni de modo especial, ya que ni el libre albedrío humano, ni la chance de actuar de otro modo son verificables empíricamente de modo exacto. La doctrina dominante, advirtiendo que tal argumento es irrefutable, “lo ha tratado de esquivar mediante una reducción del concepto de culpabilidad; así, en vez de la libertad individual de actuar de otro modo, pasa a exigirse el juicio ‘generalizador’, relativo a que ‘un hombre medio’ en la situación del autor habría podido evitar el hecho y a que el autor también posee de modo general las capacidades de un hombre medio”.³⁶⁸

Quintero Olivares, en su conclusión sobre “Culpabilidad y Derecho Penal de Culpabilidad”, además de sostener su principio de que la culpabilidad, como institución penal, no es un concepto “consolidado” ni cuenta con fundamentos indiscutibles, puntualiza que la culpabilidad se transforma, debido a la objetividad que afecta a buena parte de sus elementos integrantes, en un elemento de la teoría del delito esencialmente “impersonal”, tanto como pueda serlo la antijuridicidad, ya que los razonamientos de carácter “extrapersonal” son más poderosos que la indagación acerca de una personalidad concreta. “La afirmación de que un hombre es libre, conocedor de la antijuridicidad, capaz de soportar una exigencia de conducta y susceptible de reproche cuando actúa de otro modo, se hace en realidad utilizando un concepto ‘medio’ de libertad, una referencia al ‘común’ de los hombres, una presunción de conocimiento del injusto, salvo prueba en contrario, hasta emitir con todo ello un juicio ‘formalmente personal’ sobre la relación entre el individuo y su hecho.”³⁶⁹

Roxin, Jescheck, Bockelmann y Lenckner lideran en Alemania la posición dogmática en comento, conocida como “teoría general de la culpabilidad”, que responde a una culpabilidad construida desde los fines preventivos, para la cual el reproche

³⁶⁸ SCHÜNEMANN, op. cit., 85).

³⁶⁹ QUINTERO OLIVARES, op. cit., 5).

personal por no haberse decidido el sujeto por el respeto a la norma queda descartado, al ser un concepto cuya base empírica es inverificable satisfactoriamente. Roxin, haciéndose cargo de la posición welzeliana, expresa que Welzel reconoce la imposibilidad de saber si el sujeto, en el momento del hecho, habría sido capaz de imponer una decisión de voluntad opuesta al hecho, de lo que se desprende que el real objeto de discusión es, no la incontestable cuestión del poder individual para actuar de otro modo, sino que se trata de verificar qué es lo que el orden jurídico exige al autor a la vista de sus condiciones y de las circunstancias externas, en comparación con las de otros hombres, es decir, “qué se le exige al particular para que aún se le pueda imputar su hecho”. Añade, con fines explicativos, siguiendo a Lenckner, que “Esto no es una comprobación perteneciente al mundo del ser, sino un procedimiento de ‘limitación de la responsabilidad penal atendiendo a puntos de vista normativos’”.³⁷⁰

Entre nosotros, Enrique Cury, si bien postula la culpabilidad como un reproche que se extiende desde el acto al autor y tiene, por tanto, un carácter personal o individualizador, en el sentido que se refiere a un sujeto concreto, en su situación concreta y en relación con el hecho específico de que se trata, restringe la individualización, que no puede ser llevada hasta sus últimas consecuencias, al no contarse con una forma viable de determinar en concreto la medida de libertad con que el sujeto ha actuado. El examen de la posibilidad de autodeterminarse conforme a Derecho tiene –al revés de lo que sucede con los exámenes de imputabilidad y de conciencia de lo injusto– que contentarse con una generalización: la que, con arreglo a la experiencia, podría exigirse a un hombre medio que en circunstancias semejantes se dejara determinar por los mandatos y prohibiciones del ordenamiento. No es posible ir más lejos.³⁷¹ Esta “normativización”, que tiene su centro neurálgico en “el poder medio de actuación distinta”, no en la facultad individual, personal, del “actor social”, significa, en concepto de va-

³⁷⁰ ROXIN, *op. cit.*, 201).

³⁷¹ CURY, *op. cit.*, 48).

rios autores –con quienes coincidimos– “una despersonalización” del concepto de culpabilidad, que se aleja de su esencia como reproche y se contrapone al carácter “personal e individualizador” propio de la culpabilidad, en su versión mayoritariamente compartida. El reemplazo del “poder individual” de actuar de otro modo, por un “poder general referido al hombre medio”, implica, según indica Jorge Mera Figueroa, acudir a “un mito”, a una creación ficticia, que no puede ser idónea para apreciar un juicio que, como el de la culpabilidad, ha de ser siempre “personal e individualizado”. La sustitución del “individuo concreto” por otro, “el hombre medio”, implica un sacrificio del primero a favor de un “inexistente sujeto ideal”, olvidándose de que lo que se trata de establecer es si el injusto típico puede serle reprochado a “ese” sujeto específico, al que se le pretende atribuir responsabilidad penal; se trata de determinar si “él”, si “ese sujeto determinado”, considerado tal como es, tuvo o no chance efectiva de actuar en conformidad a la norma.³⁷²

Jaime Náquira, por su parte, fundamenta su rechazo al criterio del “hombre medio” en la culpabilidad, sosteniendo que si se quiere ser consecuente con la idea de que la culpabilidad supone un juicio de reproche personal al autor por la conducta típica prohibida ejecutada, el baremo no puede ser sino uno de carácter “personal-objetivo”. Personal, desde que se hace necesario conformar un perfil de las capacidades y limitaciones de un sujeto determinado y no de un supuesto “hombre-medio-ideal”. Objetivo, porque para decidir sobre la culpabilidad del sujeto es preciso determinar la capacidad o potencialidad media (no extrema) que el sujeto, en el caso concreto en que se encontraba, podía haber ejercido.³⁷³ En la orientación que se objeta, en la que cabe únicamente conceder que otro sujeto, o el hombre medio, hubiera respondido a la exigencia de la norma jurídica, la culpabilidad deja de ser –advierte Torío López– una realidad subjetiva, personal e individual, para transformarse en un elemento prioritariamente impersonal del delito. Este mismo autor llama la atención sobre la circunstancia de que “El sujeto no es penado por su propia culpabilidad, sino aten-

³⁷² MERA FIGUEROA, op. cit., 43).

³⁷³ NÁQUIRA, op. cit., 280).

diendo al poder impersonal de otro, es decir, de un sujeto hipotético, imaginario, que en esa situación hubiera procedido de modo diverso a como lo hizo el hombre real”.³⁷⁴ Ese sujeto hipotético, imaginario, irreal, “normativamente creado”, corresponde al “homunculus” de que habla Winfried Hassemer, caracterizándolo –en un sentido metafísico– como “un fenómeno”.³⁷⁵ Las objeciones y críticas dirigidas a esta “generalización normativa”, a esta “impersonalización” del poder individual de actuación alternativa, no han sido menores, como acabamos de ver a través de unas pocas citas. José Cerezo Mir esboza una categórica oposición, al postular que el cambio en el criterio, la sustitución del juicio sobre las aptitudes individuales del delincuente por la capacidad de autodeterminación de otra persona distinta, en la misma situación, no resuelven las dificultades del enjuiciamiento acerca de la capacidad del infractor para obrar de modo distinto. Ni siquiera si para ello se utiliza la figura del ser humano dotado de una capacidad de autodeterminación media, toda vez que la capacidad de decisión o la fuerza de voluntad media no es tampoco verificable o “medible” empíricamente. Concluye que se trata, necesariamente, de un criterio normativo, influido, sin duda, por los requerimientos de la prevención general y la prevención especial, lo que podría afectar a la culpabilidad en su función limitadora de la prevención.³⁷⁶

Quintero Olivares, decidido opositor al concepto “clásico” de la culpabilidad y partidario de sustituirlo por otros criterios, plantea en sus críticas al “esquema welzeliano”, que el concepto del “hombre medio” aparece en el ámbito penal como “una ficción”, tan indemostrable como el propio principio “librearbitrista”.³⁷⁷ Para Torío López, quien se ha ocupado de manera preferente por postular un concepto “individual” de culpabilidad, “es controvertible que la llamada teoría general de la culpabilidad respete la función que el principio de culpabilidad trata de desempeñar en el concepto de delito”.³⁷⁸

³⁷⁴ TORÍO LÓPEZ, op. cit., 359).

³⁷⁵ HASSEMER, op. cit., 295).

³⁷⁶ CEREZO MIR, op. cit., 27).

³⁷⁷ QUINTERO OLIVARES, op. cit., 5).

³⁷⁸ TORÍO LÓPEZ, op. cit., 359).

Desaparece, con el criterio que se viene exponiendo, la conexión personal entre sujeto y acción antijurídica, conexión que es el objeto de la desaprobación normativa que implica el reproche individualizado de la culpabilidad. Sin perjuicio de las objeciones de fondo, sustantivas, a que da lugar la tesis del “homunculus”, basta mencionar que, desde un punto de vista eminentemente práctico, no se divisa la mayor o mejor facilidad que pueda darse para que, en el entorno forense, sea factible reproducir fielmente la realidad y establecer, con la certeza exigible en un proceso penal, que “el hombre medio” –un ente ficticio, creado ad-hoc para el caso y ajeno al mismo–, a la inversa del “individuo real”, empíricamente actuante u omitente, habría podido gobernar en forma correcta su libertad de voluntad hacia una decisión y actuación conformes a Derecho, habiendo debido hacer exactamente lo mismo “el actor social”, el individuo que fue el protagonista del momento crítico y que no lo hizo.

¿Es, como ha preguntado Cerezo Mir, “medible” o “evaluable” en el proceso penal la capacidad de respuesta “ideal”, “media”, de ese sujeto “medio”, de ese individuo “imaginario”, “irreal”, “a la medida”, “normativamente creado”, que no ha tenido ningún contacto real con la concreta situación conflictiva y que se sustituye, por vía de una supuesta presunción general-social de comportamiento, a la concreta y específica actuación del imputado, inmerso en las circunstancias del caso concreto? Tal posibilidad de actuación alternativa del “homunculus” –puesto en el lugar del “homo”, del “actor social”, del verdadero “actor”– es tan empíricamente difícil –o más difícil, por tratarse de un ejercicio hipotético, irreal, “meramente normativo”– como establecer con márgenes de certeza la real posibilidad individual del autor del hecho objeto de examen. “Tanto o más difícil –apunta Jorge Mera Figueroa– es conocer las posibilidades del hombre medio de realizar una acción alternativa, si se considera que se trata de una ficción, una construcción intelectual, que prescinde de la realidad, por cuanto las personas son complejas, pudiendo en algunos aspectos corresponder a dicha imagen media, pero en otros no”. Califica de “contradicción” a la figura del hombre medio, toda vez que ella no puede ser sino la suma de la generalidad de los seres humanos, su promedio, de manera que también él debería ser complejo, como lo son

las individualidades que lo componen. Desde este punto de vista, debería concluirse entonces que existen “múltiples hombres medios”, “el iracundo, el celoso, el vanidoso, el responsable, el imprudente”, etc., con el añadido que un sujeto –que la generalidad de los sujetos– puede adecuarse a la imagen del hombre medio en forma parcial o incompleta, esto es, respecto de una o más de las variables señaladas y de otras no, y alejarse del promedio en otros aspectos. “Ser tres cuartos de hombre medio, la mitad, un tercio o un cuarto de hombre medio, pero difícilmente ciento por ciento de hombre medio.

Seguramente hasta el más ‘normal’ de los seres humanos, si hurgamos con paciencia, tiene también sus debilidades, sus ‘rarezas’. ¿Qué sentido, entonces, puede seguir teniendo la figura del hombre medio como parámetro para medir la culpabilidad? Nos parece que ninguno, si se trata, como se pretende, de declarar culpables a quienes están por debajo del baremo del hombre medio”. Desde la perspectiva de los derechos humanos –que es la utilizada por el autor para revisar críticamente el Derecho Penal chileno– el parámetro del hombre medio lesiona en múltiples aspectos los requerimientos del Estado democrático de Derecho y la normativa internacional sobre Derechos Humanos, en aquellos casos en que el reproche de culpabilidad afecta a quienes no alcanzan a satisfacer ese parámetro, están por debajo de él. Representa un trato cruel, inhumano y degradante, contrario al principio de igualdad y a los fines de la pena, dando lugar, por último, a una presunción de derecho de la culpabilidad, que contraviene la presunción de inocencia y que no engarza en el sistema de nuestro Código, según el cual, la “voluntariedad” –es decir, la culpabilidad– es presumida en forma simplemente legal, por lo que procede la comprobación de que en la situación concreta se carecía del poder individual de actuación distinta.³⁷⁹

En otras palabras, y utilizando la terminología de Hassemer, la imagen del “homunculus” podría corresponder en algunos aspectos a la imagen del “homo” y en otros no, de manera que se debilita sensiblemente la eficacia atribuida a la teoría del

³⁷⁹ MERA FIGUEROA, op. cit., 43).

“poder medio de actuación”, con sus trascendentales proyecciones sobre “el sí de la pena”. Torío López precisa que la culpabilidad, en cuanto elemento del delito, significa siempre una “desaprobación” de la conexión personal entre sujeto y conducta, al que obra sin culpabilidad la acción injusta no puede serle atribuida o imputada subjetivamente, ya que tal atribución o imputación es un “juicio individualizador”, “personalísimo”.³⁸⁰

La “teoría general de la culpabilidad”, acepta como factible un “juicio comparativo social”, a través del cual se establece si un hombre medio o una personalidad media, “a la medida” (*Massgerechte Persönlichkeit*), pudo en la situación concreta actuar de modo distinto a como lo hizo “el actor social”. Los reparos formulables a tal concepción son, en principio, lógicos, como expresa el autor español últimamente citado, partiendo de la erosión del principio fundamental de que la culpabilidad pretende ser “un juicio individualizador”.³⁸¹ Además de los comentaristas aludidos, también Hilde Kaufmann ha llamado la atención sobre esta característica esencial de la reprochabilidad penal, de implicar una “desaprobación personalísima” de lo actuado contra Derecho. “Si una persona ha lesionado un deber jurídico no se le formula ningún reproche cuando este individuo concreto no se hallaba en la situación de poder observar la norma. Si le faltó la aptitud necesaria para cumplir con el precepto –en razón de alguna enfermedad mental o imbecilidad o de un grave defecto de desarrollo, o bien a causa de algún otro motivo– el Derecho Penal no le formula ningún reproche, precisamente porque personalmente en su situación y en su desarrollo no pudo observar las reglas vigentes del Derecho.”³⁸²

20. “A primera vista –ha dicho Karl Heinz Gössel– el Derecho Penal parece un edificio dogmático perfectamente homogéneo y ordenado. Fundado a principios de nuestro siglo por Beling, en la actualidad, gracias a la labor de extraordinarios arquitectos, parece que está próximo a su culminación. Sin embargo,

³⁸⁰ TORÍO LÓPEZ, op. cit., 359).

³⁸¹ Idem.

³⁸² KAUFMANN, HILDE, op. cit., 308).

las apariencias engañan. Pese a que nos hemos acostumbrado a establecernos cómodamente en este edificio dogmático, la realidad es que contiene un gran número de problemas por solucionar. Los meros esfuerzos dogmáticos se han revelado inadecuados para resolver problemas sustanciales del derecho penal.”³⁸³

Las consideraciones que han precedido a este último párrafo del capítulo que nos ocupa, evidencian –más allá de toda duda razonable– que uno de esos “problemas sustanciales” del Derecho Penal lo constituye la culpabilidad –su contenido, sus funciones, en fin, su necesidad o prescindencia– y, por reflejo, el principio limitador que la encierra y proclama como garantía esencial del individuo frente al “ius puniendi” estatal. Esta cuestión representa uno de los grandes motivos que nos impiden sentirnos cómodos y satisfechos en el “edificio dogmático” aludido por Gössel.

A la hora de cerrar el tema de la “crisis”, queremos insistir en una concepción “individualizadora” de la culpabilidad, de acuerdo con la cual debe ser entendida esta magnitud o categoría como un “juicio personal”, cuyo objeto es la conexión personal real que une al sujeto con su acción. Los dos elementos fundamentales de que debe estar revestida la conducta típica para alcanzar la entidad de delito –antijuridicidad y culpabilidad– reconocen notas diferenciadoras muy claras: La primera constata, a través de un juicio objetivo, impersonal, la contradicción entre el comportamiento típico y el orden jurídico; su producto o resultado es una valoración negativa de la acción como discrepante de las exigencias normativas, con abstracción del sujeto que la realice. La segunda verifica –y desaprueba– la conexión subjetiva, personalísima, entre el agente y su conducta, en términos de atribuírsela como “un producto suyo”. Este enlace personal es “irrepetible y eminentemente individual”, estando sometido a la personalidad singular, a las relaciones afectivas, psicológicas, espirituales y a los recursos alternativos de actuación a disposición del autor.³⁸⁴ El criterio

³⁸³ GÖSSELL, KARL HEINZ, *La obtención del Derecho Penal* (Strafrechtsgewinnung), traducción de José Domínguez, versión publicada por Enrique Cury.

³⁸⁴ TORIO LÓPEZ, op. cit., 359).

valorativo que gobierna a la antijuridicidad es el de que ha de tratarse por el Derecho lo igual como igual, las peculiaridades o constantes lesivas homogéneas de la conducta –en relación al bien jurídico tutelado– llevan a desvalorarla, en un plano de generalidad e indiferenciación, objetivamente como incompatible con el orden normativo social. En cambio, la culpabilidad “no se nutre de puntos de vista generales, sino de la determinación de las relaciones eminentemente personales entre autor y acción”, es una magnitud individual, no general-impersonal.³⁸⁵ El criterio valorativo que rige a la culpabilidad es que debe tratarse lo desigual como desigual.

No resulta conciliable con una culpabilidad entendida como “juicio individual de desaprobación” –reproche subjetivo que recae sobre el autor– el criterio “objetivizador” que apela a la ficción del “hombre medio”, un parámetro normativo general, ajeno a la individualidad concreta del destinatario de la pena, cuyos bienes jurídicos son los que están en juego frente al ius puniendi y no los de una creación ficticia, de un sujeto ideal inexistente. La pena se cumple en un hombre concreto, determinado, de carne y hueso,³⁸⁶ en un “homo”, no en el ficticio “homunculus” (Hassemer) que desfigura al hombre real. Para Jorge Mera, de las maneras democráticas de interpretar la culpabilidad la de mayores consecuencias con los Derechos Humanos es aquella que liga el concepto con la capacidad de respuesta real del sujeto (considerándolo de manera integral, lo mismo que la globalidad de su entorno) en orden a desempeñarse de acuerdo a la norma y mantenerse dentro de los parámetros del orden jurídico, enfatizándose así su carácter de juicio de reproche personal e individualizado.³⁸⁷

Concordamos con Torío López en la necesidad de reivindicar el carácter eminentemente individualizador, positivo, concreto, de la culpabilidad. Esta individualización ha de efectuarse atendiendo a las posibilidades y capacidades del hechor concreto, tomando en cuenta su formación, profesión, educación, posibilidades económicas, situación familiar, para enjuiciar en

³⁸⁵ TORÍO LÓPEZ, op. cit., 359).

³⁸⁶ DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, op. cit., 274).

³⁸⁷ MERA FIGUEROA, op. cit., 43).

tal sentido concreto la conexión personal real existente entre él y el hecho tipificado como delito.³⁸⁸ En otras palabras, se trata de determinar en términos de convicción plena la aptitud del sujeto para responder a las tareas concretas que le exige el sistema punitivo, estando condicionado a esa capacidad personal, individual, subjetiva, el reproche de la culpabilidad. La culpabilidad debe seguir radicando en el poder individual de comportarse conforme a Derecho –reitera Jorge Mera– sin que pueda ser óbice la aducida imposibilidad de comprobar “ontológicamente” que el sujeto tenía efectivamente la posibilidad de obrar de otro modo.³⁸⁹

En tal virtud debemos, asimismo, reivindicar actualmente el antiguo postulado de Max Ernst Mayer, en el sentido que “la dignidad del Derecho Penal tiene como fundamento el reconocimiento de la culpabilidad”³⁹⁰ y esto implica, como supuesto lógico ineludible, que el reconocimiento de la culpabilidad tiene a su vez como fundamento el reconocimiento de la dignidad y personalidad individualizadoras del sujeto frente al sistema penal que ha de juzgarlo por un acto suyo. Estamos con el pronóstico de Schünemann, de que un abandono de la noción clásica de culpabilidad llevaría a una seria puesta en peligro de un Derecho Penal presidido por los principios del Estado de Derecho. No se nos escapa que la llamada “expansión” o “globalización” del Derecho Penal, con su “relativización” de los principios clásicos fundamentales, discurre por otros derroteros dogmáticos y político-criminales, que deben ser examinados con atención, y, a nuestro juicio, con cierto grado de preocupación.³⁹¹

Las exigencias del principio de culpabilidad deben ser complementadas con el principio de proporcionalidad, cuya función es garantizar la necesaria proporción valorativa entre la magnitud del delito y la cuantía de la pena, su “carga coactiva”.³⁹² Es en el aspecto concreto del “cuánto” de la pena, donde

³⁸⁸ TORÍO LÓPEZ, op. cit., 359).

³⁸⁹ MERA FIGUEROA, op. cit., 43).

³⁹⁰ MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. Auflage, 1923, págs. 228 y ss.

³⁹¹ Cfr. SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 1999.

³⁹² GARCÍA PABLOS, op. cit., 51).

la función específica de la culpabilidad requiere, con fines garantizadores, ser complementada por la exigencia de proporción entre delito y pena. Entre ambos factores debe obrar como “puente” o “enlace” la necesidad preventiva de la pena, sin que se altere por ello el carácter de la culpabilidad como ineludible presupuesto de la sanción punitiva.³⁹³

Por encima de tan intenso debate sobre la “crisis” del concepto de culpabilidad penal –cuyo cuestionamiento se irradia, quíerese o no, al principio-garantía “nulla poena sine culpa”, al punto que “la discusión sobre el futuro político-criminal del principio de culpabilidad está cerca de convertirse en un tema verdaderamente clásico en la evolución del pensamiento dogmático”³⁹⁴ pasa incluso, según hemos visto, por la abrogación de esa categoría normativa y su reemplazo por consideraciones exclusivamente preventivas, con directa incidencia en la configuración ideológica del Derecho Penal– prevalece la muy razonable reflexión de Stratenwerth: “En lo que a nuestra época se refiere debemos aceptar que el comportamiento desviado será tratado todavía mediante la aplicación de penas, quizás de una manera cada vez menos intensa, pero en un ámbito considerable; y mientras haya pena, el principio de culpabilidad resultará imprescindible. Lo que se transforma, sin embargo, es su significación. Tal como hemos tratado de demostrar, no existe ninguna alternativa frente a la culpabilidad como punto central de la imputación jurídico-penal; tampoco hay un modelo de pensamiento diferente”.³⁹⁵ Estamos persuadidos, junto a Roxin, de que la culpabilidad debe seguir sirviendo de “soporte y legitimación al Derecho Penal” y adherimos a la convicción de Figueiredo Días, de que no es posible encontrar una opción al Derecho Penal de la culpabilidad.^{395 bis}

³⁹³ RUSCONI, op. cit., 144).

³⁹⁴ Idem.

³⁹⁵ STRATENWERTH, op. cit., 50).

^{395 bis} DE FIGUEIREDO, op. cit, 107).

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD
EN EL DERECHO PENAL CHILENO ³⁹⁶

1. INTRODUCCION

1. Podemos afirmar, sin margen de error relevante, que el principio de culpabilidad es considerado un postulado fundamental inherente a la noción de Estado de Derecho social y democrático por nuestra doctrina jurídico-penal mayoritaria. Las sentencias con cuya transcripción iniciamos el Capítulo Primero de esta obra,³⁹⁷ provenientes de distintas fuentes del pensamiento penal, tanto nacional como foráneo, representativas todas ellas, con muy clara univocidad de énfasis y convicción, de una garantía esencial e irrenunciable, han sido acogidas como dogmas indiscutidos en nuestro medio científico, salvo alguna posición discrepante.³⁹⁸ Estamos seguros de que es opinión dominante que un pilar central del Derecho Penal Moderno –garantía fundamental del individuo libre y digno frente al ius puniendi–, es el principio culpabilístico, postulado básico conforme al cual sólo debe ser castigado con una pena el autor de una conducta típica y antijurídica, llevada a cabo culpablemente. En consecuencia, repelen al Derecho Punitivo las fórmulas de responsabilidad meramente objetiva y cualquiera otra en que

³⁹⁶ Un completo estudio del tema en DE RIVACOBA y RIVACOBA, “El principio de culpabilidad en el Código Penal Chileno”, en op. cit., 70).

³⁹⁷ Supra, Cap. Primero, 1.

³⁹⁸ FERNANDO GARCÍA DÍAZ, “La culpabilidad como fundamento y medida de la pena”, en *Boletín de Investigaciones*, Fac. de Derecho, U. Católica de Chile, 1981, págs. 94 y ss.

la pena esté desligada por la figura legal de la culpabilidad personal del hechor, entendida como pertenencia subjetiva del injusto a su autor. No nos equivocamos al presuponer que todos los penalistas nacionales, convencidos de que el Estado de Derecho sólo es tal si es democrático y social, coincidiremos con Enrique Cury en cuanto a que en el Derecho Penal del presente el principio de culpabilidad constituye una tendencia muy enérgica y más o menos generalizada y para la ciencia una aspiración irrenunciable, siempre renovada.³⁹⁹

Aun cuando no se contiene en el Código Penal nacional un compromiso explícito con el principio aludido, ni su contenido –la culpabilidad penal– se halla taxativamente recogida en norma alguna de carácter declarativo-garantista (a menos que se la entienda imbricada en la expresión “voluntaria” de la definición de delito del artículo primero del Código Penal), los autores están contestes en que el “*nullum crimen nulla poena sine culpa*” es un corolario y complemento del principio de legalidad o reserva, que este último no pasa de ser un postulado vano sin aquél; “...entre los distintos principios limitativos del ‘*ius puniendi estatal*’, el principio de culpabilidad es, junto al ‘principio de legalidad’ e inmediatamente después de éste, el único que tiene su puesto asegurado y cuenta con un amplio y generalizado reconocimiento”.⁴⁰⁰

Para algunos, nuestro texto está informado de manera muy clara por el principio culpabilístico, no obstante lo cual su imperio se halla limitado por una serie de excepciones, las que es urgente erradicar para alcanzar con ello la plenitud del apotegma.⁴⁰¹ La mayoría se inclina a pensar que tales excepciones constituyen un impedimento grave para el reconocimiento del principio en cuanto postulado informador general de nuestro Derecho Penal, estando ausente, por lo demás, una norma declaratoria en tal sentido. No sólo no contamos con la declaración de que “No hay pena sin culpabilidad” –que constituye sin

³⁹⁹ CURY, op. cit., 48).

⁴⁰⁰ SOTO, MIGUEL, “Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del ‘Principio de Culpabilidad’ en el Derecho Penal chileno”, *R.D.U.F.T.*, III, 1999, págs. 233 y ss.

⁴⁰¹ DE RIVACOBIA y RIVACOBIA, op. cit., 70).

duda la explicitación más omnicomprendensiva y por lo mismo, imprescindible de consagrar— sino que ni siquiera podemos exhibir la fórmula más restringida, más limitada, que constituye una barrera elemental, “No hay pena sin dolo o culpa”, requiriente de la responsabilidad penal subjetiva, “expresión más clara de los anhelos culpabilísticos”.⁴⁰²

El consenso en torno al postulado-garantía, cuyo contenido debería implicar además del resguardo elemental e irrenunciable “No hay pena sin culpabilidad”, el mandato de que “la culpabilidad del autor por el hecho determinará la medida máxima de la pena”, no excluye naturales divergencias doctrinarias en torno al concepto mismo de la culpabilidad, su fundamento y su concreto rol en la sistemática del delito y de la pena. No obstante, creemos advertir en nuestra literatura, como lo exponemos más adelante, una clara mayoría que adhiere, al menos hasta ahora, a la concepción “tradicional” o “clásica” de la culpabilidad, que la entiende como “reprochabilidad” normativamente dirigida al autor, posición ésta que involucra, como es sabido, determinadas —y muy polémicas desde hace varias décadas— proyecciones sistemáticas que apuntan, a la postre, a la concepción misma del Derecho Penal y no únicamente a parciales categorizaciones dogmáticas.

Los elementos integrantes de la culpabilidad no constituyen, en lo fundamental, el epicentro de la polémica; el principio de culpabilidad impone actualmente la exigencia de una diversidad de datos imprescindibles para la afirmación de la responsabilidad penal. El sujeto ha de ser imputable, esto es, tener capacidad para comprender y querer la acción antijurídica. Es necesario, además, que la conducta dolosa o culposa haya sido realizada con conocimiento de su antijuridicidad. Por último, la culpabilidad estará ausente si concurre un motivo particular que la excluya (miedo insuperable, fuerza irresistible, estado de necesidad exculpante, etc.). En cambio, el fundamento de la culpabilidad —su “ratio essendi”— vinculada en la teoría “clásica” al poder individual de obrar de otro modo, ha sido fuertemente cuestionado por la “teoría general de la cul-

⁴⁰² GARCÍA PABLOS, op. cit., 51).

pabilidad”, que introduce el concepto del “poder medio de actuación” como sustitutivo “impersonal” o “social” (un “homunculus”, según Hassemer) del enlace personal, subjetivo, individual, entre el autor y su acción desaprobada.⁴⁰³ Por otra parte, un importante sector de opinión le asigna a la culpabilidad un carácter marcadamente –en realidad “exclusivamente”– preventivo, sin ninguna influencia en la determinación de la precedencia de la pena y la evaluación de su medida.⁴⁰⁴

Estas discrepancias son evidentemente objeto de interés para nuestras inquietudes y debates científicos y habrán de constituir estímulos poderosos para intensificar la tarea creadora del presente y del futuro, en especial merced al valioso aporte de las nuevas generaciones de penalistas surgidas en el último tiempo.

2. En cuanto a su concepción de la culpabilidad como elemento o nota del delito y a la conciencia de su importancia, la doctrina chilena ha seguido, como apunta el profesor Manuel de Rivacoba, una marcha paralela, aunque algo retrasada en sus inicios, respecto a la ciencia penal en los países europeos más destacados en este ámbito. Prescindiendo de los comentaristas del texto nacional, cuyas obras se publican entre 1875 y 1900 y superada la época en que la discusión penal se agotaba en la “lucha de escuelas”, en la que previsiblemente no se distingue ninguna elaboración conceptual digna de retener, puede señalarse la década de 1930 como el punto de partida de la construcción dogmática propiamente tal, advirtiéndose la posterior división de los penalistas entre quienes adhieren al concepto psicológico de la culpabilidad y quienes sustentan el normativo.⁴⁰⁵ Con las obras de Gustavo Labatut Gлена⁴⁰⁶ y Eduardo Novoa Monreal,⁴⁰⁷ la tesis normativista se introduce con gran fuerza y absoluto dominio en nuestra ciencia penal, surgiendo más

⁴⁰³ Supra, Cap. Tercero, 12.

⁴⁰⁴ GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., 58).

⁴⁰⁵ DE RIVACOBА y RIVACOBА, op. cit., 70).

⁴⁰⁶ LABATUT, *Derecho Penal*, 2 tomos, última edición 2000, actualizada por JULIO ZENTENO.

⁴⁰⁷ NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2 tomos.

adelante las publicaciones que, con mayor o menor intensidad, siguen las nuevas orientaciones dogmáticas, como las de Juan Bustos Ramírez,⁴⁰⁸ Alfredo Etcheberry,⁴⁰⁹ Enrique Cury,⁴¹⁰ Luis Cousiño Mac Iver,⁴¹¹ Mario Garrido Montt,⁴¹² Sergio Politoff,⁴¹³ Jaime Náquira,⁴¹⁴ entre otros. Bustos Ramírez, Cousiño, Cury, Garrido Montt y Náquira adhieren a la sistemática finalista, mientras que Etcheberry y Politoff sitúan al dolo y la culpa en la culpabilidad, caracterizándolos como “formas” o “especies” de aquélla, como lo hicieran anteriormente Labatut y Novoa.

En los últimos treinta años ha conocido la luz una producción monográfica, que incluye artículos y comentarios, de apreciable calidad, que se suma, enriqueciéndolas, a las obras de carácter general. Como acabamos de indicar anteriormente, en términos generales y como tendencia mayoritaria, los penalistas chilenos adherimos a la concepción que entiende la culpabilidad como “Reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del Derecho”.⁴¹⁵ Se sustenta un concepto que en su base esencial sigue el modelo de Frank (reprochabilidad), sin perjuicio de estar divididas las opiniones entre quienes adhieren a la teoría normativa compleja de la culpabilidad y quienes sustentan la teoría normativa pura.⁴¹⁶ Nosotros hemos definido la culpabilidad, para fines de la cátedra de Derecho Penal, como “la reprochabilidad de una acción típicamente antijurídica ejecutada dolosa o culposamente por un sujeto imputable a quien en las circunstancias del caso concreto le era exigible un obrar distinto”.

La posición de varios destacados autores chilenos acerca del concepto de culpabilidad y sus funciones en relación a la pena, fue claramente expuesta en las ponencias y debates del Colo-

⁴⁰⁸ BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, 1967.

⁴⁰⁹ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, 4 tomos, última edición, 1998.

⁴¹⁰ CURY, *Derecho Penal*, 2 tomos, última edición, 1992.

⁴¹¹ COUSIÑO, *Derecho Penal chileno*, 3 tomos, 1975, 1979 y 1992.

⁴¹² GARRIDO, *Derecho Penal, Parte General*, 2 tomos, 1992-1997.

⁴¹³ POLITOFF, *Derecho Penal*, t. I, 1997.

⁴¹⁴ NÁQUIRA, *Derecho Penal, Parte General*, I, 1997.

⁴¹⁵ CURY, op. cit., 48).

⁴¹⁶ GARRIDO, op. cit., 7).

quio Internacional celebrado en Santiago de Chile, en abril de 1973, bajo los auspicios del Instituto de Ciencias Penales de Chile. Al importante evento científico asistieron como invitados extranjeros los profesores Claus Roxin, José Cerezo Mir, Enrique Gimbernát, Enrique Bacigalupo, Wolfgang Schöne y Heleno Claudio Fragoso. En el Capítulo Tercero hemos aludido en forma extensa a los planteamientos más representativos de las distintas posiciones expuestas por los asistentes a dicho evento científico.⁴¹⁷

Debemos dejar constancia, eso sí, de la posición discrepante de Fernando García Díaz, quien en su estudio crítico sobre “La culpabilidad como fundamento y medida de la pena”, postula, en una posición radical –respecto del resto– sobre la base de argumentos preventistas, el reemplazo de “un elemento carente de todo fundamento (la culpabilidad) y cuya presencia sólo oscurece la correcta comprensión del problema penal, por uno de carácter más operativo, de naturaleza político-criminal y que significa en realidad importantes progresos en la defensa de la persona humana”. Respondiendo a las objeciones configurativas de la opinión dominante, es de parecer que “...el Derecho Penal nada pierde, por el contrario, gana en claridad y eficacia si eliminamos la culpabilidad definitivamente del Derecho Penal”. Este autor pone en duda, a partir de su perspectiva esencialmente crítica del concepto de culpabilidad y su función-utilidad en el Derecho Penal, que ella pueda actuar, ora como fundamento, ora como límite de la sanción penal, proponiendo, en consecuencia, siguiendo la tesis de Gimbernát, la supresión de aquella noción-principio. Se preocupa el ensayista de poner en claro que, en su concepto –que es el del maestro español recién citado– el desplazamiento de la culpabilidad por un nuevo elemento, “el fin de la pena”, no tiene por qué acarrear el fin del Derecho Penal y de la ciencia penal, so pretexto del llamado “efecto dominó”. Desde una posición “enfáticamente determinista”, considerada por él como la única consecuente con el actual grado de desarrollo de las ciencias, García objeta –como es obvio– la culpabilidad fundamentada en el “libre al-

⁴¹⁷ Supra, Cap. Tercero, 14.

bedrío”, por insostenible en cuanto base de todo el sistema penal y se explyaya, en su línea de pensamiento, sobre las funciones de fundamento y medida de la pena “clásicamente” asignadas a la culpabilidad y cuyo abandono postula.⁴¹⁸

3. Alejandro Fuensalida, uno de los primeros comentaristas del Código Penal de 1874, escribió en una obra distinguida por la Universidad de Chile en el año 1880: “Creemos que el Código, con hombres especiales en la ciencia penal, pudo ser una obra más perfecta. En el curso de estos estudios se notará que si la comisión hizo esfuerzos para salvar algunos defectos que contiene el Código español de 1850, se cometieron muchos otros con las modificaciones introducidas sin un estudio previo i profundo de dicho Código, que como obra científica y artística, es, en su clase, la primera de Europa, en nuestro concepto. Pero cualesquiera que sean los lunares de nuestro Código penal, lo consideramos digno de nuestro estado de civilización i cultura i a su libro primero especialmente como la última palabra del arte y de la ciencia penal hasta el presente”.⁴¹⁹ El Código chileno se inscribe en el período llamado “de creación de Derecho Penal liberal”, que se orienta entre los códigos napoleónico de 1810, bávaro de 1813 y el italiano de 1889, resultando ser un Código humanitario, racionalista, clásico, individualista, igualitario y liberal, cuya base de inspiración está constituida, principalmente, por el Código hispano de 1848, en su versión de 1850 y por el Código belga de 1867.⁴²⁰ Un autor expresó, con ocasión del centenario del Código de 1874, que el mismo “...fue un cuerpo de leyes adecuado para su época, y que ha cumplido decorosamente su función reguladora en el siglo que lleva de vigencia. No obstante, creemos llegado el momento de que deje paso a un nuevo Código, que, sin renegar del noble ideario liberal que inspiró a aquél, recoja los progresos de la ciencia, se haga eco de los nuevos criterios ético-sociales y responda a las necesidades prácticas que las condiciones modernas de vida pre-

⁴¹⁸ GARCÍA DÍAZ, op. cit., 398).

⁴¹⁹ DE RIVACOBA y RIVACOBA, *Evolución histórica del Derecho Penal chileno*, 1991, págs. 59 y ss.

⁴²⁰ Idem.

sentan”.⁴²¹ Ninguno de los proyectos (tres) de nuevo Código elaborados a partir de 1929, llegó a ser ley, habiéndose dictado una gran cantidad de leyes reformadoras parciales de determinados sectores específicos del texto (denominado vulgarmente sistema de “parches”), siendo la modificación más reciente y polémica la de los delitos sexuales, en la que tuvo marcada influencia la reforma española de 1989.⁴²² A fines del año 1997 se constituyó una comisión privada de reforma del Código Penal, convocada por el profesor y Ministro de la Excm. Corte Suprema don Mario Garrido Montt, iniciativa que logró reunir a más de una veintena de académicos, maduros y jóvenes. Lamentablemente, al cabo de algunas reuniones efectuadas con entusiasmo y muy buenos propósitos, la labor quedó, por diversos motivos, interrumpida. Se alcanzaron a elaborar algunos documentos de carácter programático, como la “Declaración de Principios”, preparada por el autor de esta obra con la colaboración del profesor Eduardo Novoa Aldunate.⁴²³ Tomando como modelo inspirador la Declaración de Principios redactada para el Proyecto de Código Penal Tipo de Latinoamérica, se propusieron las bases siguientes a la comisión de reforma aludida:

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS

1. La intervención penal es la extrema ratio del sistema de control social estatal y se justifica únicamente cuando es exigible para la protección de bienes jurídicos de carácter constitucional penal dañados o puestos en peligro por acciones u omisiones de relevante nocividad.

2. La ley penal debe circunscribir de manera precisa e inequívoca la materia de sus prohibiciones y no puede ser aplicada a hechos distintos de los comprendidos expresamente en ella.

⁴²¹ ETCHEBERRY, “Centenario del Código Penal chileno: ¿permanencia o caducidad?”, en *Actas de las Jornadas Internacionales en celebración del centenario del C. P.*, 1975, págs. 373 y ss.

⁴²² Ley 19.617, Diario Oficial de 17 de julio de 1999.

⁴²³ Supra, Cap. Primero, 1, pág. 14.

3. Un hecho sólo puede ser castigado si la punibilidad está legalmente determinada con anterioridad a su comisión.

4. No obstante, se aplicarán con efecto retroactivo aquellas leyes penales y/o no penales que favorezcan al imputado, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme en el proceso respectivo y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más benigna será oído el imputado. Los hechos perpetrados bajo una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a sus disposiciones, salvo que se establezca expresamente lo contrario.

5. Sólo puede imponerse una pena o una medida de seguridad a quien haya cometido con dolo o culpa y de un modo reprochable un hecho antijurídico legalmente descrito y punible.

6. La ofensividad del hecho punible y la culpabilidad personal del hechor son los criterios esenciales conforme a los cuales debe determinarse o graduarse la pena; la peligrosidad criminal del individuo exteriorizada en la comisión de un hecho punible es el fundamento de la medida de seguridad.

Ambas, pena y medida deben ser proporcionadas a esos elementos.

En todo caso, las medidas no podrán exceder en su duración el mínimo de la pena privativa o restrictiva de libertad señalada para el correspondiente delito y estarán sujetas a revisión periódica.

7. No podrá ejecutarse una pena o una medida de seguridad sino en virtud de sentencia ejecutoriada dictada por el tribunal competente, de acuerdo a las leyes procesales.

8. Tampoco podrá ejecutarse una pena o una medida de seguridad en otra forma que la señalada por la ley y sus reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en dichas normas.

9. La ejecución de la pena y la medida de seguridad se verificará bajo control de los jueces competentes, quienes también conocerán y resolverán todo lo que diga relación con los derechos que el penado o sujeto a medida de seguridad pueda hacer valer en esa etapa."

No se nos escapa que la propuesta precedente puede ser polémica en más de alguno de sus principios, en particular por ciertos conceptos dogmáticos referidos específicamente a la cul-

pabilidad y al principio que sobre ella se edifica, pero hemos creído interpretar adecuadamente la opinión dominante en nuestra doctrina. En otro ámbito, puede advertirse que excluye las medidas de seguridad sin delito o predelictuales, haciéndose eco de una tendencia político-criminal muy marcada.

El profesor Alfredo Etcheberry también se ocupó del tema “No hay pena sin culpabilidad”, como punto concreto, y elaboró una minuta para la discusión, cuyo texto, por su gran relevancia dentro del ámbito de lege ferenda, y por la circunstancia de no haber sido publicado hasta la época de redacción de esta obra, nos permitimos reproducir en su total extensión, con el visto bueno de su autor:⁴²⁴

A. Después de reproducir el numeral VI de la Declaración de Principios del Proyecto de Código Penal Tipo expresó como primera base fundamental, que para que el principio tenga verdadera vigencia, sería preciso que lo consagrara una norma constitucional, lo que no ocurre (la prohibición de establecer presunciones de derecho en materia penal no es suficiente para ello, pues permite la creación de figuras de responsabilidad objetiva, sin exigir culpabilidad y por lo tanto sin siquiera presumirla). En tales circunstancias, conviene describir o definir el delito en tal forma que contenga siempre una exigencia de culpabilidad, de modo que sirva como principio interpretativo de todas las leyes penales; esto es, sólo un texto expreso podría suprimir para un caso determinado aquella exigencia. De aquí surge la discusión en torno a si se mantiene o no una definición de delito en el nuevo Código. La tendencia general es contraria, pero las razones expuestas llevan a considerar conveniente una definición que exija la culpabilidad para que haya delito.

B. El autor hace presente que el alcance del principio puede ser diferente dentro de la sistematización psicologista (imputabilidad y luego dolo o culpa); normativista (lo mismo, más la exigibilidad o motivación anormal) y finalista clásica (que

⁴²⁴ Minuta para discusión del tema “No hay pena sin culpabilidad”, presentada a la comisión de reforma.

traslada el dolo al tipo y deja en la culpabilidad la conciencia de la ilicitud, que se agrega a los otros elementos ya indicados)

Como corolario de lo anterior, surge la necesidad, para imponer una pena, de la concurrencia de *dolo* (incluyendo la conciencia de la ilicitud) o al menos culpa y de la exigibilidad en sentido negativo (esto es, a semejanza de lo que ocurre en la antijuridicidad, la regla general será la exigibilidad, y la excepción, las causales de exculpación por falta de exigibilidad).

C. En el nuevo Código deberán incluirse –expresa la propuesta en cuestión– una serie de situaciones que se señalan en mayor o menor medida como excepciones al principio, y que deben ser proscritas de la legislación, siendo insuficiente al respecto el texto del actual Código:

a) Responsabilidad objetiva. Muy frecuente en los delitos “de posición” (delitos de prensa o publicidad, delitos económicos, etc.: se hace recaer la responsabilidad penal sobre quienes detentan ciertos cargos de dirección, representación o autoridad);

b) Delitos preterintencionales (no regulados en el actual Código en forma expresa, salvo en alguna situación de las comprendidas en el artículo 342).

Respecto de esta última hipótesis, no existe en nuestra doctrina un consenso acerca de que se trate un específico caso –regulado– de “*praeter intentionem*”, vinculado al aborto violento. Se trata –se ha dicho– de un tipo especial que sobrepasa el concepto de preterintencionalidad, por cuanto no sólo sanciona el delito culposo, sino también el aborto violento provocado con dolo eventual.⁴²⁵

c) Delitos calificados por el resultado, de los cuales, en opinión del profesor Etcheberry, subsisten algunos casos en nuestra legislación. Estas situaciones anómalas son denunciadas por los comentaristas como el más fuerte impedimento para la plena consagración del “*nulla poena sine culpa*” en la ley penal⁴²⁶ y su inconstitucionalidad es afirmada categóricamente en algu-

⁴²⁵ KÜNSEMÜLLER L., CARLOS, “Las hipótesis preterintencionales”, *G.J.*, 204, págs. 7 y ss.

⁴²⁶ Cfr. CURY, op. cit., 48); COUSIÑO, op. cit., 6); ETCHEBERRY, op. cit., 44).

nos textos. Es evidente que una consagración constitucional clara y precisa del “nulla poena sine culpa”, como garantía fundamental, dejaría al margen del sistema penal –sin apelación y sin necesidad de debates interpretativos– a estas figuras gravemente lesivas del principio, que un autor denominó “un baldón ignominioso de nuestra época”;⁴²⁷

d) “Versari in re illicita”, otra situación anómala, excluida, a juicio del autor, del Código actual, pero en virtud de un proceso interpretativo más o menos complejo, que sería más conveniente obviar con un texto expreso. En la actualidad rige sin contrapeso en nuestra literatura la convicción de que esta hipótesis de responsabilidad objetiva –sin culpabilidad– no tiene cabida en nuestro Derecho Punitivo;⁴²⁸

e) Peligrosidad sin delito o predelictual, en que la sanción (pena o medida de seguridad) se aplica no por lo que la persona ha hecho, sino por su capacidad de obrar delictivamente o su supuesta tendencia a ello. Fundamento de nuestra antigua ley (hoy derogada) sobre estados antisociales, es básicamente una institución antiliberal y puramente defensista.

D. Respecto de las medidas de seguridad que eventualmente pudieran contemplarse, ellas deben imponerse únicamente postdelito (con la posible excepción de los alienados violentos).

E. La necesidad de examinar la función de la culpabilidad es puntualizada como ineludible, al menos en ciertas categorías de delitos:

a) Delitos de comisión por omisión (creación doctrinal y jurisprudencial) donde deben ser decisivas la obligatoriedad de la acción omitida y la conciencia de su capacidad de evitación del resultado (pero una capacidad de evitación, en su concepto, es una posibilidad cuyo efecto preciso sólo puede conjeturarse frente a la comisión, donde el resultado y la causalidad son hechos ya producidos).

b) Delitos culposos; atendido que desde la primera vigencia del Código el delito culposo ha tenido una penalidad excepcional, conviene revisar la noción misma de sanción penal para el

⁴²⁷ LÖFFLER, *Schuldreformen*, 1895, pág. 278.

⁴²⁸ Cfr. mismos autores cit. en 426).

cuasidelito (o, en su reemplazo, sanción civil y según las circunstancias, una medida de seguridad).

c) “Acciones liberae in causa”; no parece conforme al principio culpabilístico el trasladar la dolosidad del estado inicial (sueño, ebriedad, intoxicación) a la consecuencia inconsciente de ese estado.

d) Delitos de peligro concreto, ¿puede hablarse con propiedad de un delito de peligro como distinto del solo de daño y excluyente de éste?

e) Delitos de peligro abstracto, ¿no constituirán una presunción de derecho de la existencia de un peligro?

F. En cuanto a la *exención de culpabilidad*, la minuta incluye los casos de inimputabilidad y situaciones análogas, el error en todas sus clases, la falta de libertad, como causal general de no exigibilidad y la obediencia debida, siendo conveniente, respecto de esta última, estudiar su extensión hacia el campo de la actividad privada.

El Ministerio de Justicia, por su parte, convocó públicamente a fines del año 1999, a la constitución de un foro de expertos, para dar inicio al estudio de las bases fundamentales de la reforma penal sustantiva, la cual, de cara al nuevo Código Procesal Penal aprobado, no es posible continuar postergando por más tiempo.⁴²⁹ Resulta una contradicción inaceptable que en un mismo sistema penal coexistan como instrumentos jurídicos regulatorios y actúen paralelamente en la vida social, un Código Punitivo que se encuentra “fundado en un eclecticismo predominantemente retributivo y construido con una técnica suministrada por la ciencia de las primeras décadas del s. XIX”⁴³⁰ –respecto del cual se dijo en 1967 que la necesidad de su reforma no puede discutirse seriamente, aunque no sea más que por la “indefectible erosión del tiempo”⁴³¹, agregándose en el año 1975, que reclama “con apremio reformas que rectifiquen defectos insoportables”⁴³² y que ha llegado el momento “de que

⁴²⁹ Convocatoria a foro de especialistas, 02.08.1999.

⁴³⁰ GRISOLÍA, “La Reforma Penal en Chile”, *ADPCP*, 1967, op. cit., 47), pág. 289.

⁴³¹ *Idem*.

⁴³² DE RIVACOBA y RIVACOBA, op. cit., 70).

deje paso a un nuevo Código...”⁴³³ y un proceso criminal que si bien ya no es actualmente “moderno”, tiene un carácter eminentemente garantista y democrático, en cuanto es oral, público y acusatorio, entre otras notas fundamentales.

4. En lo que respecta específicamente al “principio de culpabilidad”, y su consagración legal, ya hemos hecho presente las consideraciones generales vertidas por los autores.⁴³⁴ En nuestra opinión, la ausencia de un compromiso explícito del Código nacional con el principio culpabilístico (aunque sea nada más que en su aspecto “restringido”, de responsabilidad penal subjetiva), unida a la existencia de una “presunción de dolo” o de “culpabilidad en sentido general” (artículo 1º, inciso segundo) –según cual sea el enfoque dado a ese precepto– como asimismo, de hipótesis de calificación por el resultado, y, hasta hace muy poco tiempo, de fórmulas de Derecho Penal de autor,⁴³⁵ impiden reconocer como principio o característica general del texto, que se halle imbuido del “nulla poena sine culpa” y menos, encontrar en el mismo una adhesión clara a la culpabilidad entendida como reprochabilidad por no haberse comportado el sujeto en forma distinta al hecho realizado y conforme a Derecho.

La mayoría de los comentaristas no reconoce un compromiso expreso del Código Punitivo con el principio culpabilístico y se lamenta, precisamente, de las regulaciones anormales que contiene su vulneración. No obstante, la apreciación varía al situar la cuestión en el entorno constitucional, otorgado por la Carta Fundamental de 1980, de cuyos principios y garantías es desprendida por un sector importante de la doctrina la consagración del “nulla poena sine culpa”, en el más alto rango, para algunos en forma explícita, para otros, de modo implícito o indirecto, con evidente dominio –en todo caso– sobre la normativa legal o secundaria y la orientación interpretativa de ella.⁴³⁶

⁴³³ ETCHEBERRY, op. cit., 421).

⁴³⁴ Supra, Cap. Primero, 3, págs. 11 y ss.

⁴³⁵ Ley 19.567, cit., supra 71).

⁴³⁶ Supra, Cap. Primero, 3, págs. 11 y ss.

Estimamos que se hace necesaria la introducción, al futuro Código Penal, de una declaración que refleje claramente la expresa adhesión del legislador chileno al principio-garantía de que se trata, como podría ser la incorporación de los siguientes mandatos: “No hay pena sin culpabilidad”; “La culpabilidad del autor por el hecho determinará la medida máxima de la pena”, sin perjuicio de una Declaración de Principios o Bases previa al articulado.

A partir de la definición del delito como acción humana, dotada de ciertas cualidades o características, es opinión dominante en nuestro medio doctrinario que la culpabilidad y, por ende, la responsabilidad criminal sólo pueden vincularse a un acto concreto, típico y antijurídico, realizado culpablemente. La única fuente generadora de la responsabilidad penal y de la pena es la acción u omisión humana, el comportamiento específico tipificado como hecho punible. En otras palabras, el Derecho Penal *es de acto, no de autor*; no puede responsabilizarse penalmente a alguien como culpable de delito si no se tiene ningún acto, ninguna acción, ningún comportamiento lesivo de un bien jurídico protegido, susceptible de serle atribuido como obra suya. La reacción penal sólo puede responder a lo que el sujeto ha hecho, no a cómo es. Por lo tanto, deben excluirse, por incompatibles con el carácter “personal” o “individualizador” de la culpabilidad, los reproches por la personalidad o el modo de conducir la vida del individuo. Las disposiciones que contenían claras figuras de delitos “de estado”, como la vagancia y la mendicidad, han sido derogadas, lo que ha venido a brindar un refuerzo –aunque muy tardío– al principio culpabilístico y, por ende, al Derecho Penal fundado en la culpabilidad por el acto. Si bien se eliminó la “sodomía consentida”, en los términos poco felices en que se hallaba consagrada en el artículo 365, inciso primero, del Código Penal, el legislador introdujo nuevamente una figura de “Derecho Penal de autor” –y un “tipo sin víctima”–, contrariando el sentir mayoritario de la doctrina, en el nuevo artículo 365.⁴³⁷ El Departamento de Cien-

⁴³⁷ “El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación y estupro...”.

cias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile propuso *derogar* la figura del artículo 365, inciso primero del Código Penal *y se opuso* a las fórmulas sustitutorias presentadas por la Cámara de Diputados y el Ministerio de Justicia, siendo su parecer el de regular la punición de la homosexualidad del mismo modo como se encuentra regulada la punición de la heterosexualidad, no existiendo necesidad de una regla especial para proteger al menor púber respecto de la interacción con personas de su mismo sexo.⁴³⁸

La culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida implican –como lo advierte Arthur Kaufmann– hacer dejación del principio fundamental de la culpabilidad penal.⁴³⁹

No es el “modo de ser”, ni la “manera concreta de vivir”, ni “el carácter “de un individuo, lo que interesa al Derecho Penal, sino sólo el hecho por él cometido.”⁴⁴⁰ Baumann es muy claro al respecto: el súbdito del Derecho puede dirigir su vida tan mal como le parezca, lo que incumbe al orden penal son los hechos amenazados con una pena.⁴⁴¹ Politoff apunta que también es correcta la hipótesis contraria: puede el sujeto haber llevado la mejor de las maneras de vivir en el pasado, sin que ello obste a la existencia del hecho delictivo y de la culpabilidad por el hecho cometido. La doctrina de la culpabilidad por la conducción de la vida significa –a juicio del autor nacional– “trasladar el reproche a una época anterior al hecho constitutivo de delito (es decir, la época en que en vez de ir a la escuela se prefería faltar a clases, se comenzó a beber, a llevar una vida desordenada, etc.) Conducir el reproche a esos hechos pasados que no son materia de prohibición amenazada con pena representa una evidente violación al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*”.⁴⁴²

La configuración de un “Derecho Penal de autor” conlleva no sólo rechazables consecuencias jurídicas, sino también significativas implicancias políticas en perjuicio del ciudadano, como

⁴³⁸ Informe a la Cámara de Diputados, del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1998.

⁴³⁹ KAUFMANN, op. cit., 12).

⁴⁴⁰ Idem.

⁴⁴¹ BAUMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1977, pág. 372.

⁴⁴² POLITOFF, op. cit., 413).

lo hace ver Francisco Muñoz Conde: “La distinción entre Derecho Penal de acto y Derecho Penal de autor no es sólo una cuestión sistemática, sino también, y fundamentalmente, política e ideológica. Sólo el Derecho Penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente”. “El Derecho Penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo”.⁴⁴³ Además del delito de “sodomía consentida”, en nuestra legislación se suele identificar muy claramente con un Derecho Penal de autor a la circunstancia agravante de “reincidencia específica” (art. 12 N° 16 del Código Penal), que tiene por base el “ser reincidente”, implicando, además de la infracción al principio de culpabilidad por el acto, un notorio abandono del límite esencial “non bis in idem”.⁴⁴⁴

Los propios términos legales evidencian –señala Juan Bustos, refiriéndose al antiguo texto español, que contemplaba como agravante la de “ser reincidente”– una nota de permanencia, que necesariamente lleva o a tipos de autor o a un Derecho Penal por el carácter. El rasgo de carácter no puede servir para fundamentar una agravación de la pena, salvo para una concepción peligrosista radical, ajena a un Derecho Penal de un Estado de Derecho. Bustos considera a la reincidencia *claramente inconstitucional*, pues va en contra del principio de responsabilidad (o culpabilidad) por el hecho.⁴⁴⁵ También para Enrique Bacigalupo, la reincidencia se vincula a la disyuntiva entre una culpabilidad por el hecho y una culpabilidad de autor, estimando que para una culpabilidad por el hecho –significativa de que no debe considerarse otra cosa que el hecho cometido– no importa una mayor culpabilidad la condena anterior (reincidencia).⁴⁴⁶ La opinión dominante en la actualidad es –como recuerda Heinz Zipf– que solamente un principio de culpabilidad por el hecho aislado es útil en el aspecto jurídico-estatal, en cuanto puede ejercer una función de delimitación, no sólo en el proceso de medición de

⁴⁴³ MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1990, pág. 10.

⁴⁴⁴ KÜNSEMÜLLER, “La circunstancia agravante de reincidencia”, *G.J.* 212, págs. 61 y ss.

⁴⁴⁵ BUSTOS, op. cit., 238).

⁴⁴⁶ BACIGALUPO, op. cit., 24).

la pena, sino en general, en la aplicación del *ius puniendi*.⁴⁴⁷ Estos postulados se ven contradichos fuertemente por la *culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida*. En estos esquemas de culpabilidad de autor, pierde toda su fuerza como elemento reflector del reproche el hecho punible en sí mismo, y de un modo u otro, puede decirse que hasta sirve de excusa ocasional para cuantificar la sanción. Lo que realmente se evalúa al efectuar el juicio de reproche –con nítida preferencia a la estimación del acto concreto cometido– es la personalidad integral del sujeto o el desarrollo de su curso vital.⁴⁴⁸

El comportamiento antijurídico ya no es más el baremo del reproche; la reprochabilidad y, en consecuencia, la pena, tienen otra base o cimiento, el modo de conducir o la decisión sobre la propia vida asumidas por el culpable. El profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba en su relación sobre el principio de culpabilidad en el Código Penal chileno, concluye que la culpabilidad en nuestro Código es culpabilidad por el acto, no por la conformación de la personalidad ni por la conducción de la vida; no obstante, reconoce que este principio está limitado por una serie de excepciones, *entre ellas, las agravantes de reincidencia*.⁴⁴⁹

Del mismo modo, Jorge Mera Figueroa, después de reconocer que en general es respetado el principio de Derecho Penal de acto en la legislación chilena, deja constancia de que quizás la excepción más relevante en el plano sustantivo sea la *agravante de la reincidencia*, “de raigambre peligrosista y que además viola el principio del ‘non bis in idem’”. Se agrava la responsabilidad del sujeto, no en atención a una intensificación del injusto o de la culpabilidad en relación con el hecho que motiva la condena, sino en consideración a su comportamiento anterior, el que ya fue objeto del correspondiente reproche y sanción”.⁴⁵⁰ El mismo cuestionamiento formula el profesor Mario Garrido Montt, para quien la legislación nacional mantiene el principio de la responsabilidad por el acto, pero recoge en parte criterios propios de la

⁴⁴⁷ ZIPF, op. cit., 148).

⁴⁴⁸ Cfr. JESCHECK, op. cit., 22); ZIPF, op. cit., 148); DE RIVACOBA y RIVACOBA, op. cit., 70); FERNÁNDEZ, op. cit., 103).

⁴⁴⁹ DE RIVACOBA y RIVACOBA, op. cit., 70).

⁴⁵⁰ MERA FIGUEROA, op. cit., 43).

culpabilidad de autor, como ocurre con los N^{os} 14, 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal. Se consideran sucesos y comportamientos realizados por el sujeto en el pasado, aparte de aquel por el cual debe responder en el momento que se le procesa. No otra cosa es tener en cuenta la reincidencia como circunstancia de agravación de la responsabilidad.⁴⁵¹

En el ámbito procesal-penal suelen imperar con bastante generalidad criterios de decisión propios de un Derecho Penal de autor, a través, específicamente, de enfoques “peligrosistas”. En efecto, la posesión de condenas u otros reproches penales anteriores, aún de menor intensidad, suele generar casi ipso facto una fuerte presunción de culpabilidad en contra del enjuiciado cuando se está discutiendo la pertinencia de un sometimiento a proceso por otros hechos, nuevos, y/o la concesión o negación de libertad provisional. Se advierte sin dificultad una clara tensión entre dicho predicamento y las garantías de presunción de inocencia (art. 42 del Código Procesal Penal y normas de los Pactos Internacionales sobre derechos individuales) y certeza judicial de la culpabilidad y responsabilidad penal consiguiente, en detrimento de ellas, no obstante la supremacía que se les reconoce como principios esenciales del sistema penal.

La jurisprudencia de nuestros tribunales se ha pronunciado en distintos momentos y con diversos conceptos, sobre el principio fundamental que nos ocupa. La Corte de Apelaciones de Santiago declaró en sentencia dictada el 15 de diciembre de 1947, recaída en un proceso instruido por delito de homicidio, que “ante el Derecho Penal no puede haber pena sin culpabilidad, ni puede imputarse a otro una responsabilidad por un resultado que no quiso ni estuvo en situación de prever”.⁴⁵² La misma Corte, en un fallo de 10 de junio de 1948, reproduce el considerando antes citado, en un caso en el cual, al igual que en el anterior, se condena sólo como autor del delito de lesiones al imputado y no por homicidio, con detalladas reflexiones acerca de los conceptos de dolo y culpa.⁴⁵³ La Corte Suprema,

⁴⁵¹ GARRIDO, op. cit., 7).

⁴⁵² RCP, t. X, 1948, págs. 63 y ss.

⁴⁵³ RCP, t. XI, 1949, págs. 139 y ss.

en sentencia de 24 de octubre de 1963, que acogió un recurso de nulidad deducido en contra de una sentencia condenatoria por delito de lesiones graves, estableció las siguientes consideraciones relevantes a los efectos del tema de nuestro interés:

“Es anacrónica la tesis de la sentencia recurrida al hacer imputable el caso fortuito sólo porque el acto inicial, la tenencia del arma, fue ilícito y que se expresaba en el axioma *qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu*, según el cual bastaba cualquier acto ilícito para responder de las consecuencias, queridas o no, como si hubieran sido previstas y queridas, o sea, se obligaba a responder del caso fortuito”.

“En el Derecho Penal moderno, inspirado en el principio de que no puede haber responsabilidad sin culpabilidad, se ha abandonado ya definitivamente aquel antiguo concepto.”

“Nuestro Código Penal consagra en forma clara la verdadera doctrina al hacer imputable sólo el hecho voluntario –dolo– y el hecho culposo –cuasi delito– con lo que queda de manifiesto que lo que va más allá de estos límites, como es el caso fortuito, no es imputable.”⁴⁵⁴

En época más reciente, y con expresa referencia al principio de responsabilidad penal subjetiva –no hay pena sin dolo o imprudencia– la Corte de Apelaciones de San Miguel expuso que “En lo que dice relación con la culpabilidad del agente, en el evento que éste posea las condiciones síquicas indispensables para responder de su hecho (no ser un enajenado mental o un menor de edad) se hace necesario establecer el modo, en el caso concreto, en que se encuentra vinculado psicológicamente a su acción, esto es, si obró con dolo o culpa”.⁴⁵⁵

Posteriormente, el mismo tribunal, haciéndose cargo de un error de tipo en relación a la edad de una víctima de violación (menor de 12 años), establece que “...los sentenciadores no formulan al procesado el correspondiente juicio de reproche, pues estiman que la ausencia de dolo en su acción, por evidente error en relación con la edad de la ofendida, lo libera de responsabilidad”.⁴⁵⁶ Nuevamente, la Corte de Alzada aludida in-

⁴⁵⁴ *RDJ*, 1963, t. 60, 2ª parte, secc. 4ª, pág. 459.

⁴⁵⁵ *RDJ*, t. LXXXV, N° 2, mayo-agosto 1988, 2ª parte, secc. 4ª, pág. 118.

⁴⁵⁶ *G.J.*, 98, pág. 77.

introduce entre los fundamentos de una decisión absolutoria, el respeto al principio de responsabilidad penal subjetiva, al declarar “Que, el principio de culpabilidad exige que la sanción penal sólo se imponga a quien ha ejecutado una acción típica y antijurídica con dolo o culpa”.⁴⁵⁷ En la redacción de otro fallo del mismo tribunal de segunda instancia citado, hemos descrito al principio de culpabilidad como un “postulado garantista esencial a un Derecho Penal democrático, en el cual la pena sólo puede ser impuesta al individuo a quien le es reproachable un quehacer personal suyo perpetrado con dolo o culpa”.⁴⁵⁸

Más recientemente, la Corte de Apelaciones de Santiago se ha referido a la culpabilidad como “un elemento de la esencia de todo juicio de reproche”, estipulando como necesario para su concurrencia el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y la voluntad de transgredir la norma, “más precisamente, la intención de vulnerar el bien que ella ampara”. Otorgando expreso reconocimiento al error de prohibición –“falta de conciencia del ilícito”– como motivo de exculpación *se absuelve* a la condenada por el delito de bigamia, relacionando la expresión “voluntaria” que emplea el Código Penal para caracterizar a la acción –interpretada la voluntariedad como conciencia de lo injusto– con la prohibición de presumir la responsabilidad penal contenida en el artículo 19, N° 3, inciso 6° de la Constitución Política.⁴⁵⁹

La Corte Suprema ha conceptualizado la culpabilidad en varias sentencias como “reprochabilidad” o “reproche” y ha marcado un hito en la jurisprudencia chilena, con la trascendental decisión adoptada el 4 de agosto de 1998 –calificada de “histórica”– en la cual reconoce el soporte constitucional del principio de culpabilidad al acoger la relevancia exculpante del error de prohibición invencible.⁴⁶⁰ En el acápite II de este Capítulo volveremos sobre la argumentación del fallo citado, cuya altura dogmática y significación político-criminal han sido justificadamente destacadas.⁴⁶¹

⁴⁵⁷ G.J., 135, págs. 144 y ss.

⁴⁵⁸ KÜNSEMÜLLER, op. cit., 11).

⁴⁵⁹ G.J., 217, págs. 151-152.

⁴⁶⁰ SOTO, op. cit., 400).

⁴⁶¹ Idem.

Con ocasión de la Conferencia de Presidentes de Cortes Supremas de América, realizada en Santiago de Chile los días 2, 3 y 4 de noviembre de 1994, uno de los expositores nacionales, magistrado y catedrático, refiriéndose a la culpabilidad penal, a propósito de la necesaria reforma procesal penal, expresó lo siguiente, aludiendo al concepto de “no exigibilidad de otra conducta: “...debido a la autonomía ética de las personas, el Estado –que no es propietario de aquélla– no puede exigir respuestas conductuales determinadas si no genera las condiciones para que ellas se muestren plausibles. Porque la exigibilidad importa responsabilidad, y no puede predicarse responsabilidad en relación con lo normalmente imposible. Al proceso penal se asigna la tarea de escarbar en esa responsabilidad, con miras a la exigibilidad. Mientras no comprobada, el inculpado es inocente. Todas las presunciones van en su favor. Su personalidad se mantiene incólume, indemne. Nada de tormentos. La libertad se limita muy excepcionalmente y no tiene que ver con pena. En suma, el proceso se humaniza”.⁴⁶²

5. El catedrático español Marino Barbero Santos –en honor de quien hemos escrito un artículo sobre el tema del presente Capítulo, en carácter de colaboración al Libro Homenaje que ha preparado un grupo de penalistas españoles–⁴⁶³ expuso en su comunicación a las Jornadas Internacionales de celebración del centenario del Código Penal chileno (1975) –a las cuales se excusó de asistir en mérito a razones perfectamente comprendidas en su momento por los espíritus democráticos del país invitante– que “El sistema punitivo chileno quebranta el fundamental postulado actual de que no hay pena sin culpabilidad”. Denunció la profusa admisión de delitos de sospecha, de delitos determinados y cualificados por el resultado. A los ejemplos de cualificación por el resultado, que en carácter de escasísi-

⁴⁶² CARLOS CERDA FERNÁNDEZ, Conferencia de Presidentes de Cortes Supremas de América, 1994, Corp. Administrativa del P. Judicial, pág. 140.

⁴⁶³ Libro homenaje, Dir. LUIS ARROYO ZAPATERO, U. Castilla-La Mancha (en preparación).

mos citaban algunos autores nacionales,⁴⁶⁴ el tratadista agregó los contenidos en el artículo 360 (preveía el supuesto de rapto, sin poder dar el autor razón del paradero de la persona raptada o explicaciones satisfactorias sobre su muerte o desaparición, figura hoy derogada), los artículos 348, 351 y 352, que regulan los supuestos de abandono de niño en lugar solitario o no, de un pariente enfermo o imposibilitado con resultado de muerte, etc. Como delitos determinados por el resultado, mencionó, entre otros, los de lesiones y como hipótesis de sospecha, la del artículo 445 del Código, relativa a la fabricación, expendio o tenencia de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes, conocidamente destinados a la perpetración del delito de robo.⁴⁶⁵ Hoy en día podemos agregar al ámbito de los delitos de sospecha, el tipo de receptación –artículo 456 bis A– creado por la Ley 19. 413, de 1995, norma ésta que “ha consolidado una responsabilidad objetiva que resiste a pie firme cualquier interpretación culpabilista y constituye una ominosa burla del principio de culpabilidad”.⁴⁶⁶ Las agudas observaciones del maestro español han significado la expresión de un punto de vista altamente autorizado y sin duda un estímulo de gran influencia para todos aquellos que han emprendido la tarea de revisar críticamente la consagración y vigencia del “nulla poena sine culpa” en nuestro Derecho Punitivo.

En su ensayo sobre “Tentaciones, principios y perspectivas para una política criminal en Chile a la altura de los tiempos”, y refiriéndose específicamente al principio de culpabilidad, el profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba detalla con mucha precisión los aspectos necesitados de regulación, cuyo tenor hemos transcrito en el Capítulo Segundo.⁴⁶⁷

Resulta adecuado, en complemento de lo ya señalado, dar cuenta del catálogo de previsiones garantistas –“conquistas de

⁴⁶⁴ BARBERO SANTOS, “La fundamentación doctrinal y la orientación político-criminal del Código Penal chileno en el panorama actual del Derecho Penal”, en *Actas de las Jornadas Internacionales en celebración del centenario del C. Penal chileno*, 1975, págs. 35 y ss.

⁴⁶⁵ Idem.

⁴⁶⁶ GUZMÁN DÁLBORA, *Política criminal y reforma penal en Chile (1991-1995)*, U. de Antofagasta, pág. 63.

⁴⁶⁷ DE RIVACOBA y RIVACOBA, *supra*, Cap. Segundo, 5, op. cit., 139).

civilidad al derecho que no pueden dejarse de lado”– que emanan del principio “nulla poena sine culpa”, según la acuciosa exposición del profesor Felipe de la Fuente:

a) La exclusión de la responsabilidad penal por el resultado.

(Se ve alterada en nuestro Código por algunas hipótesis subsistentes de calificación por el resultado; por ejemplo, arts. 141 inc. 4º; 142 N° 1 y 474, inc. 3º)

b) Permite distinguir y valorar grados de participación interna en un delito, en términos que responde con mayor intensidad y recibe mayor pena el que lo ha cometido con dolo que quien ha actuado sólo con culpa.

c) Ha cumplido un importante papel en la exclusión de la responsabilidad penal de los inimputables, no sólo por demencia o menor edad, sino también a causa de la conocida –imperfectamente– como “privación temporal de razón o de sentido”. Permite asimismo la atenuación de la pena en los casos de imputabilidad disminuida.

d) También ha sido determinante el principio que nos ocupa al conceder efecto absolutorio al error inevitable de derecho, sea de tipo o de prohibición, en contra de los principios tradicionalmente aceptados.

e) En la medida en que el principio de culpabilidad formula una exigencia de proporcionalidad entre la real participación interna en el hecho y la pena a aplicar a cada autor concreto, se convierte en la “única medida de la magnitud de la pena generalmente reconocida, que limita el poder punitivo estatal en forma adecuada al Estado de Derecho” (Roxin).

f) También debe reconocerse al principio de culpabilidad, por una parte, una fuerza reformadora de los ordenamientos jurídicos, y por otra, el ofrecer un criterio rector en la interpretación de múltiples figuras penales que necesitan de una adecuación a los criterios de justicia a que hemos aludido.

g) Finalmente, y aunque esta consecuencia se infiere también de concebir al delito como acción, el principio de culpabilidad de acto importa una limitación fundamental en la intervención del Estado en la esfera de los individuos. Lo único que interesa a los efectos de establecer la imputación subjetiva de un hecho a su autor es precisamente el proceso interno de su voluntad en tal acto. La responsabilidad, entonces, es por la

acción específica ejecutada, y no por el carácter, la conducción de la vida u otra fórmula más o menos amplia que permita hacer responder a un sujeto por lo que es.⁴⁶⁸

2. EL ENTORNO CONSTITUCIONAL

Del mismo modo que ocurrió en Alemania y España en su momento, el pensamiento penal chileno contemporáneo se ha ocupado de escudriñar si es posible inferir, a partir del catálogo de normas jurídicas superiores garantistas establecidas en la Carta Fundamental, el reconocimiento y vigencia del principio de culpabilidad, en cuanto garantía informadora de nuestro orden jurídico y específicamente de nuestro sistema penal. Es oportuno recordar las discrepancias entre penalistas españoles en torno a las sentencias del Tribunal Supremo español sobre la consagración indiscutible del principio, pero omitiendo precisar su específica fuente normativa.⁴⁶⁹

En otros países sudamericanos esta tarea interpretativa ha sido igualmente efectuada, arrojando como resultado el reconocimiento del principio culpabilístico en la Ley Suprema. Así, en Colombia la doctrina asigna al “*nulla poena sine culpa*” igual jerarquía constitucional que al principio de reserva o legalidad –considerándose a ambos “normas rectoras”– sin perjuicio que en el Código Penal (artículo 5º) se encuentra un explícito reconocimiento del principio de responsabilidad subjetiva: “Para que una conducta típica y antijurídica sea punible, debe realizarse con culpabilidad”, declarando esta misma norma proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.⁴⁷⁰ En Argentina, los autores lamentan que el principio de culpabilidad no tenga plasmación expresa en la ley penal, mas infieren su vigencia y autoridad indelible de las normas constitucionales, apreciándolo como una consecuencia lógica y necesaria del principio de legalidad penal.⁴⁷¹ Es

⁴⁶⁸ DE LA FUENTE, “Culpabilidad, pena y libertad”, *RDUCV*, XV, 1993-1994, págs. 231 y ss.

⁴⁶⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, op. cit., 29).

⁴⁷⁰ *Supra*, Cap. Primero, 2, pág. 9.

interesante anotar que el principio de culpabilidad “en sentido amplio” se encuentra incorporado en el nuevo Código Penal de Bolivia, de 1997, donde se introduce el concepto normativo de “reprochabilidad” como base y esencia de la culpabilidad. A su vez, en el Anteproyecto de Código Penal para el Paraguay, de 1994, elaborado con la asesoría internacional del profesor alemán Wolfgang Schöne, la culpabilidad, sea como fundamento, sea como límite de la pena, es indispensable, de acuerdo a la declaración del artículo 2º, inciso segundo: “La pena no podrá exceder el grado de reproche penal”. Al regular las bases de la medición de la pena, el texto legal alude a “la reprochabilidad del autor”, como base y límite de esa medición (artículo 64, inciso primero). En estos dos últimos casos citados, no ha sido necesario, dada la explícita consagración legal del apotegma y su contenido, recurrir a las interpretaciones de la Constitución.

En el medio jurídico chileno las opiniones se hallan divididas, no existe unanimidad de pareceres en torno al reconocimiento —explícito o implícito— del “nulla poena sine culpa”, como garantía esencial, en el texto de la Carta Fundamental. La Constitución Política anterior, de 1925, no garantizaba, según el parecer unánime de los autores, el principio de culpabilidad, siendo oportuno citar al respecto una reflexión del profesor Alfredo Etcheberry, escrita bajo el imperio de esa Carta: “El principio no hay pena sin culpa, si bien es generalmente válido en el Código Penal, no aparece elevado a la categoría de principio constitucional, y de hecho es vulnerado en algunas leyes penales especiales y aun en ciertas disposiciones del propio Código Penal, en las cuales no se subordina estrictamente la pena a la correspondiente culpabilidad del hechor”.⁴⁷¹ En la misma línea argumentativa, Luis Rodríguez Collao y Felipe de la Fuente han puntualizado que en lo que concierne a las garantías de índole penal, la Constitución de 1925 estaba muy lejos de ofrecer una regulación satisfactoria, no encontrándose en ella ninguna referencia explícita a los conceptos de culpabilidad y de responsabilidad penal, “que sí aparecían perfecta-

⁴⁷¹ Supra, Cap. Primero, 2, págs. 9-10.

⁴⁷² ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, t. I, 1976, págs. 117.

mente delineados en el Código de 1874". No obstante la omisión en que incurrió, el texto de esa Carta Fundamental ofrece, en opinión de los autores citados, dos elementos de juicio que permiten afirmar, uno de ellos en forma implícita y el otro de manera explícita, que la noción de culpabilidad, en cuanto elemento integrante de la estructura del delito, no era ajena al sentir del constituyente. El primer elemento se refiere a la consagración del principio de irretroactividad penal, del cual la noción de culpabilidad es un fundamento necesario, lo que significa que "no pudo el Constituyente de 1925 prohibir que se aplicaran retroactivamente las leyes penales, sin considerar el disvalor que representa el hecho de castigar a quien es inculpable por haber actuado acertadamente convencido de la licitud de una conducta. La segunda referencia dice relación con el artículo 42 del texto constitucional, en el cual se contemplaba la atribución exclusiva del Senado de conocer de las acusaciones que entablara la Cámara de Diputados en contra de alguna de las autoridades señaladas en el artículo 39 de la misma Ley Fundamental. En ese caso, el Senado, actuando como jurado, debía declarar si el funcionario era o no culpable del delito que se le imputaba y si la persona era declarada culpable, debía ser juzgada por el tribunal correspondiente sólo para la aplicación de la pena y para hacer efectiva su responsabilidad civil.

En tal virtud, si la culpabilidad era un requisito indispensable para sancionar a ciertos funcionarios y además si el ordenamiento constitucional estaba regido por el principio de igualdad ante la ley, resulta ilógico pensar –concluyen los profesores Rodríguez y De la Fuente– que los delitos cometidos por otras personas, no de las referidas en el artículo 39, pudieran hallarse al margen de aquella exigencia.⁴⁷³

No nos parecen suficientemente sólidos los razonamientos desarrollados en la tesis que comentamos, sobre la base de referencias aisladas, para demostrar una suerte de "cercanía espiritual parcial" de la categoría de la culpabilidad al constituyente de 1925 –"no era ajena"– y, en todo caso, cualesquiera que fue-

⁴⁷³ RODRÍGUEZ COLLAO y DE LA FUENTE HULAUD, "El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980", *RDUCV*, XIII, 1989-1990, págs. 125 y ss.

ran las consecuencias que de los mismos creyeran poder extraerse, es lo cierto que *no* operaron como barreras o límites frente a las vulneraciones al principio culpabilístico, contenidas tanto en el Código Penal como en leyes especiales, que subsistieron bajo la Carta de 1925. Los propios autores se ocupan de reprochar al constituyente de aquella época que no haya tenido la diligencia de plasmar en un precepto imperativo las ideas que profesaba en relación con esta materia, dejando constancia de su parecer de que no es posible hablar siquiera “de una suerte de consagración tácita de este principio”, ya que no existía en el capítulo relativo a los derechos personales fundamentales un precepto dotado de imperio y que por ello obligara al legislador.⁴⁷⁴

Reproducimos a continuación el texto de las diversas disposiciones de la Carta de 1980, comúnmente citadas por los doctrinarios en el seno del debate a que nos venimos refiriendo como eventuales bases sustentatorias del principio supremo de culpabilidad:

Art. 1º: “Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

“El Estado está al servicio de la persona humana”.

Art. 5º, inciso segundo: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

Art. 19 Nº 3, inciso sexto: “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

A los preceptos citados algunos comentaristas agregan otros, los que consagrarían el Estado de Derecho.⁴⁷⁵

La “presunción de inocencia”, asegurada en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 14 Nº 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8º Nº 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, vinculantes para Chile por mandato del artículo 5º de la Constitución, que integran el ordenamiento jurídico nacional), for-

⁴⁷⁴ RODRÍGUEZ COLLAO y DE LA FUENTE HULAUD, “El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980”, *RDUCV*, XIII, 1989-1990, págs. 125 y ss.

⁴⁷⁵ COUSIÑO, op. cit., 6).

ma también parte, como garantía esencial asegurada a toda persona y límite al ejercicio de la potestad penal estatal, del entramado constitucional que consagraría el principio culpabilístico, toda vez que “al inocente no se le puede condenar a una pena”.⁴⁷⁶ A este respecto, especialistas en nuestra Ley Fundamental han manifestado que “El bloque de constitucionalidad de los derechos en la materia referente a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos establecido en el artículo 19, N° 3, inciso sexto, que ‘la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal’, a lo cual deben agregarse las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Chile y vigente en su artículo 8°, numeral 2, el que determina que ‘toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad’”, de manera tal que es parte del orden jurídico nacional, como derecho esencial de la persona y límite al ejercicio de la potestad pública (artículo 5°, inciso segundo de la Constitución) el principio de presunción de inocencia, mientras no se determine en un racional y justo procedimiento la responsabilidad penal correspondiente.⁴⁷⁷

Con referencia al mismo tema de la presunción de inocencia, cabe acotar que en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal se contiene la siguiente norma: “A nadie se le considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna, sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado”. En este texto, introducido por la Ley 18. 857, del año 1989, la doctrina procesalista encuentra consagrada en forma clara la “presunción de inocencia”, que enervaría cualquiera presunción legal de culpabilidad penal, por lo que “el juez o las partes interesadas deben acreditar, probar, la existencia del hecho punible y la participación culpable”.⁴⁷⁸ El estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la ley da a conocer que “Al establecer el artículo 42 que a nadie se considerará culpable de delito sino en virtud de sentencia, está acogiendo el llamado

⁴⁷⁶ GARRIDO, op. cit., 7).

⁴⁷⁷ HUMBERTO NOGUEIRA y CHRISTIÁN SUÁREZ, “Garantías constitucionales y prevención del tráfico ilícito de estupefacientes”, *G.J.*, 220, págs. 7 y ss.

⁴⁷⁸ JOSÉ QUEZADA, *El nuevo proceso penal chileno*, pág. 51.

‘principio de inocencia’, elevado por la doctrina a principio del orden procesal”. Integran dicha historia las consideraciones referidas a que hasta ese momento, en nuestro ordenamiento el “principio de inocencia”, defendido por Carrara, no había sido regido por una norma legal, sino establecido como consecuencia de un raciocinio lógico construido sobre las siguientes premisas: si el juicio es el único medio de aplicar la ley penal anterior al hecho, nadie puede ser considerado culpable mientras la sentencia definitiva así no lo declare. “En verdad –se dijo– no se trata de una ‘presunción’ en el sentido técnico de la palabra, sino de una ‘situación jurídica’ del inculpado, el cual es inocente mientras no sea declarado culpable, lo que no obsta para que durante el proceso pueda existir una presunción de culpabilidad suficiente para justificar medidas cautelares reales o personales. Por tal motivo se le llama ‘principio de inocencia’ más que presunción de inocencia... En realidad es una emanación del apotegma ‘nulla poena sine iudicio’.”⁴⁷⁹

El artículo 42 del Código de Enjuiciamiento Criminal es reconocido por algunos autores de Derecho Penal como contenedor de una presunción de inocencia, que traduce la exigencia del “nulla poena sine culpa”, principio del cual aquella sería su referente procesal, según ya hicimos presente con anterioridad.⁴⁸⁰ En este sentido, Julio Maier indica que el desarrollo tenido en el Derecho Penal por el “nullum crimen sine culpa”, “coincide en el Derecho Procesal penal con los principios ‘nulla poena sine iudicio’, ‘de inocencia’ (o in dubio pro reo)...”⁴⁸¹

La presunción de inocencia representa, para Cobo del Rosal y Vives Antón, a propósito de la relación entre ese principio y el Derecho Penal, “un límite frente al legislador” en el plano del Derecho Penal sustantivo. En virtud de ese límite, y dada la naturaleza –constitucional– del mismo, serán nulos los preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad. A este razonamiento se añade el de que la presunción de inocencia comporta también una proyección en orden a la interpretación de las leyes penales; en igual-

⁴⁷⁹ Antecedentes de la Segunda Comisión Legislativa.

⁴⁸⁰ Supra, op. cit., 46).

⁴⁸¹ MAIER, op. cit., 289).

dad de condiciones, habría de preferirse el sentido más favorable al reo. (*Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, 1999, pág. 97)

3. LA INTERPRETACION PENAL (con base en la Constitución)

Como ya señaláramos, nuestra doctrina se encuentra dividida entre quienes reconocen en la Ley Fundamental de 1980 una explícita consagración del “nulla poena sine culpa”, con trascendentales proyecciones en el ámbito de la ley inferior, de la normativa penal, y quienes son mucho más escépticos en esta materia, reconociendo una plasmación meramente implícita e imperfecta, no representativa plenamente de la garantía esencial que el principio culpabilístico debe representar sin excepción, lo que necesariamente debería corregirse para evitar la aparición de normas penales infractoras del postulado, en cuanto principio esencial, limitativo del ius puniendi y, por ende, de control político.⁴⁸²

Para el tratadista Luis Cousiño Mac Iver, el principio de culpabilidad es propiamente “un problema de derecho constitucional y no de pertenencia exclusiva del derecho penal, puesto que se refiere a los derechos fundamentales del hombre, como sujeto de la organización jurídica y política de la Nación”. Entiende que pese a no haberlo consagrado en términos explícitos la Constitución de 1980, el principio fluye implícitamente de varias de sus disposiciones y del contexto general de su filosofía y estructura. Opina que el imperio del principio culpabilístico con rango constitucional es indiscutible en nuestro país, encontrándose los soportes normativos en los artículos 1º, 4º, 5º inciso segundo, 7º, 9º, 12, 13, 18, 19 N° 3, 20 y 21, agregando la presunción de inocencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁴⁸³

También los profesores Rodríguez Collao y De la Fuente Huald, después de hacer notar que la Carta de 1980 contiene una regulación de los principios orientadores del Derecho Penal en forma mucho más completa y detallada que la ofrecida por la Constitución de 1925 –extendiéndose a puntos sin precedente en la

⁴⁸² Cfr. ETCHEBERRY, COUSIÑO, NÁQUIRA, DE LA FUENTE, este Cap. II.

⁴⁸³ COUSIÑO, op. cit., 6).

historia constitucional, como el establecimiento de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable— entienden que el elemento culpabilidad posee ahora jerarquía constitucional; ello, pese a reconocer la ausencia de una disposición que pueda considerarse como consagración clara y expresa del principio culpabilístico. Echan de menos, por ser ella deseable, una norma categórica, de acuerdo con la cual la pena sólo puede imponerse en la medida que se compruebe que el hechor actuó culpablemente.

Dos son las razones centrales por las que estos académicos chilenos reconocen al “*nulla poena sine culpa*” como postulado constitucionalmente garantizado. La primera de ellas está referida al empleo del concepto de delito en el capítulo sobre los derechos y deberes de las personas, lo que, a juicio del autor, trae importantes consecuencias en el plano dogmático, pues implica un reconocimiento al papel que juega la culpabilidad como elemento esencial de las infracciones penales. El término delito aparece mencionado en el artículo 19 N° 1 inciso tercero; N° 3 inciso séptimo; N° 4 inciso segundo; N° 3 letra c) y N° 12 inciso primero del texto constitucional, permitiendo un examen contextual de todas esas normas, situadas en el capítulo sobre garantías fundamentales de las personas, concluir que es un derecho de todo individuo el no poder ser castigado penalmente a menos que se pruebe su intervención en un hecho susceptible de ser calificado como delito, lo que equivale a decir que este último es, en concepto de la Constitución, el presupuesto básico e indispensable de la responsabilidad penal. Con respecto al sentido y alcance del término delito, Rodríguez y De la Fuente le reconocen en el estatuto supremo un alcance muy preciso —a pesar de no definir lo que debe entenderse por delito— que incluye las notas distintivas de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como queda en evidencia con la aplicación de cualquiera de los medios de hermenéutica legal contemplados en los artículos 19 a 24 del Código Civil. Recuerdan los comentaristas que el artículo primero del Código Penal chileno contiene una definición de delito, que en opinión de la generalidad de los autores involucra la exigencia de culpabilidad (es delito “toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”) y no hay en la historia de la Constitución de 1980 indicio alguno de que el constituyente hubiera tenido el propósito de introducir una noción diversa, por “...lo que no

cabe ninguna duda en orden a que la comisión redactora de la Constitución de 1980 acogió el concepto de delito que tradicionalmente ha hecho suyo el Derecho nacional [...] no habiendo ningún antecedente que indique otra cosa, todo hace suponer que los miembros de la comisión actuaron plenamente convencidos de que la culpabilidad es un elemento inherente al delito y de que, al decidirse a utilizar esta última expresión, partieron de la base de que ella comprende aquel elemento”.⁴⁸⁴

La segunda razón que esgrimen los autores del ensayo para fundar su tesis, dice relación con el concepto de responsabilidad que se encuentra en la Carta Fundamental vigente, cuyo artículo 19 N° 3, inciso sexto, prohíbe presumirla de derecho, norma prohibitiva ésta que se impone y obliga al legislador.

La idea de incorporar una norma como la que contiene el precepto últimamente citado surgió en la comisión redactora de la Constitución, en la que a partir de la garantía de inocencia en sede penal, asegurada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, fue propuesta la iniciativa de prohibir a la ley presumir de derecho la responsabilidad penal; de allí que el debate se desarrollara en términos muy confusos y con notoria interferencia entre las consideraciones relativas a una y otra garantía, hasta llegar al punto en que ambas se fusionaron, en definitiva, en el mismo precepto: “Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe judicialmente su culpabilidad en conformidad a la ley; ésta no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. Posteriormente, por razones que no se conocen del todo bien, fue suprimida la garantía de inocencia y se mantuvo únicamente la parte relativa a la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal.⁴⁸⁵

Sobre el alcance de la disposición que en definitiva consagró la Carta Política de 1980, los estudiosos del Derecho Constitucional han vertido diferentes explicaciones, siendo en todo caso muy escasas las opiniones de verdaderos expertos sobre este punto, algunas de las cuales invocan en su ensayo Rodrí-

⁴⁸⁴ RODRÍGUEZ COLLAO y DE LA FUENTE HULAUD, op. cit., 473).

⁴⁸⁵ Idem.

guez y De la Fuente. El profesor Enrique Evans de la Cuadra ha sostenido que se contempla en el precepto aludido una garantía de índole procesal, referida exclusivamente a la culpabilidad. Según explica, el precepto del artículo 19, N° 3, inciso sexto, consagra una “presunción de inocencia del detenido y del procesado”, conforme a la cual “su culpabilidad debe ser probada y nunca será presumida”.⁴⁸⁶

Otro especialista de nota en la Carta de 1980, el profesor José Luis Cea, piensa que en la disposición que nos ocupa, la responsabilidad penal significa la consecuencia jurídico-penal proveniente de la comisión de un delito, concepto que cubre por sí mismo todo el ámbito de la conducta típica, antijurídica y culpable”.⁴⁸⁷ En concepto de Rodríguez y De la Fuente, el relacionar exclusivamente la norma que interesa con la culpabilidad penal, implica restringirla indebidamente, por cuanto su alcance –y en esto coinciden con el parecer del profesor Cea– abarca todo el ámbito de las conductas típicas, antijurídicas y culpables, esto es, el de todos los elementos o caracteres conformantes del concepto de delito y no el de uno solo de ellos. Lo que efectivamente prohíbe la norma superior son las presunciones “iuris et de iure” relativas a los presupuestos de la responsabilidad criminal, entre los cuales se halla el delito en el conglomerado de sus elementos o notas. De allí que lo verdaderamente prohibido a la ley inferior es establecer presunciones a nivel de cualquiera de los elementos del delito, no solamente de la culpabilidad, como injustificadamente lo restringen algunos autores. Para los dos comentaristas citados, los términos utilizados por el constituyente en el artículo 19, N° 3, inciso sexto, “ciertamente son errados”, toda vez que los redactores no repararon en que se encuentra totalmente fuera del alcance de la ley presumir de derecho la responsabilidad penal, en cuanto a consecuencia jurídica de los presupuestos fundantes de la misma, pero, no obstante, le reconoce al precepto un alcance muy preciso, coherente con la intención manifestada por sus redactores, cual fue prohibir a la ley el establecimiento de presunciones respecto de cualquiera de los supuestos necesarios para que nazca la responsabilidad criminal. Al prohibirle al legislador presumir de de-

⁴⁸⁶ EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, 1986, 2, pág. 23.

⁴⁸⁷ CEA, “La igual protección de los derechos”, *RCHD*, 1982, pág. 533.

recho los presupuestos de la responsabilidad penal, el constituyente adoptó una redacción amplia, que no se agota sólo en sustraer a la ley la atribución de crear presunciones de derecho en materia penal, sino que va más allá, dirigiéndose a situar esos presupuestos fuera del arbitrio del legislador, convirtiéndolos en objeto de tutela constitucional. “En consecuencia, si por mandato constitucional le está prohibido a la ley presumir de derecho los presupuestos de la responsabilidad penal, con mayor razón le está vedado prescindir de ellos o ignorarlos en su condición de requisitos indispensables para la aplicación de una pena. Por ello, podemos afirmar que el precepto que contiene el artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la Carta de 1980, representa una manifestación de rango constitucional que conviene a todos los elementos del delito y, entre ellos, a la culpabilidad, pues si dicho texto prohíbe a la ley presumirlos de derecho, hemos de entender que ellos son obligatorios por sobre la ley misma, y que ésta no podría desconocerlos en su papel de presupuestos para el surgimiento de la responsabilidad penal”.

La culpabilidad está concebida en el Estatuto de 1980 como un elemento indispensable del delito y, por ende, como presupuesto ineludible para que haya responsabilidad penal, lo que lisa y llanamente quiere decir que el texto reconoce y garantiza el principio culpabilístico, al menos en sus líneas más esenciales. La forma de consagración constitucional dista mucho –precisan los autores– de ser satisfactoria, desde el momento que no contempla una norma que directamente haga exigible el elemento culpabilidad para todos los delitos, como sí acontece, por ejemplo, con las garantías de legalidad e irretroactividad. El constituyente prefirió utilizar una vía indirecta, es decir, consagró como garantía superior la de que nadie puede ser sancionado penalmente sin que se acredite su intervención en un delito y la de no poder serlo en virtud de una norma que dé por concurrente –presuma– alguno de los presupuestos de la responsabilidad criminal. Sin embargo, está claro que, ya como nota característica del delito, ya como supuesto de la responsabilidad penal, la culpabilidad posee ahora jerarquía constitucional y constituye un requerimiento que no puede ser obviado por el legislador.⁴⁸⁸

⁴⁸⁸ RODRÍGUEZ y DE LA FUENTE, op. cit., 473).

En opinión de Jaime Náquira Riveros, expresada en su Parte General del *Derecho Penal*, la disposición del artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la Constitución de 1980, contempla de manera *indirecta y parcial* el principio de culpabilidad. De manera indirecta, porque no se refiere a él de modo expreso, sino que lo presupone como un elemento previo a la responsabilidad penal; y de manera parcial, en cuanto deja abierta la posibilidad de que el legislador pueda establecer presunciones simplemente legales de culpabilidad. En definitiva, es de parecer que de lege lata, relacionando el principio constitucional con el artículo 11 N° 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y con las normas del Código de Procedimiento Penal –artículos 42, 109 y 456 bis– el dogma tiene acogida en nuestro sistema penal.⁴⁸⁹

Anteriormente, en un ensayo publicado en 1995 sobre el tema “Constitución Política y fundamento material del principio de culpabilidad”, el profesor Náquira, partiendo del supuesto que todas las cartas fundamentales en el ámbito iberoamericano, incluida la de Chile, como asimismo las pertenecientes al mundo europeo o anglosajón, han asumido la concepción del hombre como persona libre y digna, lo que constituye “un presupuesto normativo constitucional” –y no una simple declaración romántica– que reconoce su capacidad para autodeterminarse libremente a favor o en contra del Derecho, estima que el fundamento material de la culpabilidad (libertad de autodeterminación individual) se encuentra reconocida por el más alto estrato normativo, cual es el de la Ley Fundamental, lo que a su vez debe atar al legislador en su actividad creadora de tipos penales o a la autoridad judicial en la investigación de las categorías que conforman un hecho delictivo al establecer o excluir la responsabilidad penal de un individuo.⁴⁹⁰

Para el tratadista Alfredo Etcheberry, cuya opinión se contiene en la tercera edición de su *Derecho Penal*, la cuestión debe abordarse a partir del artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la Carta de 1980, que prohíbe a la ley presumir de derecho la responsabilidad penal. A su juicio, esta proclama de la Ley Fundamental

⁴⁸⁹ NÁQUIRA, op. cit., 414).

⁴⁹⁰ NÁQUIRA, “Constitución Política y fundamento material del principio de culpabilidad”, *RCHD*, vol. 22, N° 2, 1995, págs. 189 y ss.

representa un progreso sobre la Constitución anterior que no la contemplaba, pero deja constancia de su oposición frente a quienes pretenden ver aquí la explícita consagración del principio culpabilístico, sobre la base de que al no poder presumírsela de derecho, estaría suprimida toda suerte de responsabilidad objetiva. “Desearíamos que así fuera –señala– pero en realidad, si bien se mira, la disposición constitucional prohíbe presumir de derecho la culpabilidad en los casos en que ésta es exigible según la ley, pero no excluye la posibilidad de una ley que establezca casos de responsabilidad objetiva, es decir, en que la culpabilidad no se presume, sino que simplemente se prescinde de ella y se castiga un hecho haya o no culpabilidad. No hay una regla constitucional expresa que exija que siempre deba haber culpabilidad para que pueda imponerse una pena (nulla poena sine culpa)”.⁴⁹¹

Jorge Mera Figueroa, en un sólido ensayo sobre las relaciones entre Derecho Penal y Derechos Humanos, no participa de la opinión de quienes ven al principio culpabilístico consagrado en la Carta Fundamental y con específica relación a su jerarquía, ha señalado: “Si bien este principio fundamental del Derecho Penal liberal garantista no se encuentra expresamente establecido ni en la Constitución –como sería deseable– ni en los tratados sobre Derechos Humanos, el mismo se deduce de estos últimos, particularmente de la exigencia en orden a que las limitaciones a los Derechos Humanos deben ser sólo las necesarias en una sociedad democrática”. A su juicio es posible afirmar, en general, que nuestra legislación respeta el principio de culpabilidad, sin perjuicio de los alcances que corresponde hacer respecto del concepto dogmático de culpabilidad que más conforme parezca con los Derechos Humanos.⁴⁹²

Por su parte, el profesor Mario Garrido Montt no le atribuye ni expresa ni tácitamente rango constitucional al principio de culpabilidad, pero lo encuentra manifestado o traducido en la presunción de inocencia, conforme a la cual se presume que toda persona es inocente en tanto no se acredite legalmente su

⁴⁹¹ ETCHEBERRY, op. cit., 44).

⁴⁹² MERA FIGUEROA, op. cit., 43).

culpabilidad (arts. 42 y 456 bis del Código de Procedimiento Penal), a lo que se agrega la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal.⁴⁹³

En concepto del tratadista Enrique Cury Urzúa, Ministro de la Sala Penal del Tribunal Supremo, los delitos calificados por el resultado representan una violación flagrante del principio “no hay pena sin culpabilidad”, siendo este género de normas actualmente inconstitucional. En efecto, con arreglo al artículo 19, N° 3, inciso sexto de la Constitución Política de 1980, “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. Ahora bien, dice el penalista, por “responsabilidad” debe entenderse el conjunto de los presupuestos que permiten atribuir el hecho a su autor, “cargarlo a su cuenta”, pedirle que “conteste”, (responda) por él como una afirmación suya. Ella presupone la existencia de una acción que pertenece psicológicamente al agente, en la cual no puede sostenerse que éste intervino únicamente como objeto accionado por las fuerzas de la naturaleza o por la conducta de un tercero, o a consecuencias de un error insalvable que le impidió conocer su verdadera índole; presupone, por consiguiente, dolo, o cuando menos culpa, que hagan posible el establecimiento de un reproche. Así pues, la existencia de la vinculación subjetiva con el acto es uno de los componentes de la responsabilidad que la norma constitucional prohíbe presumir de derecho. Pero si es inconstitucional presumirla *iure et de iure*, con mucha mayor razón ha de serlo prescindir de ella, ignorarla, como se hace precisamente cuando se consagra un delito calificado por el resultado. “Esto me parece irredargüible.”⁴⁹⁴

En este punto es discrepante la opinión de Alfredo Etcheberry, para quien, como hemos visto, la prohibición constitucional de presumir de derecho la culpabilidad no excluye ni impide la posibilidad de que lisa y llanamente se prescinda de tal elemento en la construcción de un tipo, además de permitir que se contemplen presunciones legales de culpabilidad.⁴⁹⁵

⁴⁹³ GARRIDO, op. cit., 7) y 46).

⁴⁹⁴ CURY, op. cit., 48).

⁴⁹⁵ ETCHEBERRY, op. cit., 44).

También aceptan la compatibilidad de las *presunciones simplemente legales de culpabilidad* con la prohibición constitucional, Rodríguez Collao y De la Fuente Hulaud, ya que esa limitación sólo está referida a las presunciones de derecho, no pudiendo entenderse comprendidas en ella las que no tienen ese carácter, “como es el caso de la presunción de dolo, que según la mayor parte de la doctrina contiene el artículo 1º del CPCh”.⁴⁹⁶

La innovadora sentencia de la Excma. Corte Suprema, mencionada al inicio de este Capítulo, redactada en su voto de mayoría por Enrique Cury, reconoce la expresa consagración del principio “nulla poena sine culpa” en nuestro ordenamiento constitucional, a través de lo prescrito por el artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la Carta Fundamental de 1980, que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal y –en el criterio desarrollado por los sentenciadores– admite demostrar la ausencia de culpabilidad del agente que por padecer de un invencible error sobre lo injusto de su actuar ha carecido de libertad de decisión para obrar en otra forma.

Es nuestra apreciación provisional –que indudablemente deberá perfeccionarse al interior de un debate interdisciplinario activo y profundo– que una interpretación teleológica y contextual del Código Penal –sustentada en el principio racional de que las leyes deben interpretarse conforme al sentido y fines de los preceptos rectores (bases constitucionales del Derecho Penal)– a partir de los postulados superiores de que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que el Estado está al servicio de la persona humana (artículo 1º, incisos primero y cuarto de la Constitución), en directa vinculación con la prohibición constitucional de la presunción iure et de iure de la responsabilidad penal (y con ello de la culpabilidad), y con la presunción de inocencia (opuesta a toda suerte de presunciones de culpabilidad), asegurada en la ley interna a través de los pactos internacionales vinculantes y del artículo 42 del Código Procesal Penal (cuyo lenguaje no fue, en caso alguno, el más claro y afortunado para regular tan importante materia) permitiría deducir, de manera muy imperfecta y débil –y

⁴⁹⁶ RODRÍGUEZ COLLAO y DE LA FUENTE HULAUD, op. cit., 473).

por tanto constitucional y penalmente insatisfactoria–, el reconocimiento del principio de culpabilidad en nuestro orden jurídico-penal, sin poder ocultar, como ya se dijo anteriormente, algunas reprobables excepciones al mismo, que lo niegan y le restan vigor. Debe reconocerse que, en la época reciente, ciertas modificaciones legislativas han reducido el ámbito de tales situaciones contradictorias con las exigencias de culpabilidad como fundamento y límite de la pena. En esta perspectiva, nuestra legislación continuaría perteneciendo a las que el uruguayo Guillermo Schurmann Pacheco, denomina “duales” o “bifrontes”, en cuanto se advierte en ellas una brecha entre la proclamación del postulado a nivel jurídico y la realidad subyacente.⁴⁹⁷ Resulta indispensable –como lo dan a entender, en general, todos los autores– para terminar con la “dualidad”, una consagración explícita, adecuándose a tal garantía constitucional las bases ideológicas del Código Penal. En el comentario publicado recientemente sobre la “jurisprudencia histórica”, se insta a emprender la tarea de elaborar dogmática y político-criminalmente los fundamentos y límites constitucionales del Derecho Penal chileno, destacándose como punto central de dicha elaboración “el reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad”.⁴⁹⁸ Es interesante anotar que a través de algunos fallos de Cortes de Apelaciones –por ahora escasos– esos tribunales superiores también han comenzado a adentrarse en la interpretación de los preceptos penales a la luz de las “bases constitucionales”.

Así, frente al texto del artículo 450 inciso primero del Código Penal, que contiene una norma de anticipación punitiva, en virtud de la cual el responsable de ciertas figuras de robo es castigado con la pena del delito consumado desde que el hecho está en grado de tentativa, se ha declarado en decisión de mayoría, con respecto a una sentencia condenatoria que aplicó dicha norma sobre penalidad a un caso en el cual el delito sólo había alcanzado el grado de tentativa, que el texto en cuestión es *inaplicable* por ser contrario a las normas constitucionales y,

⁴⁹⁷ SCHURMANN PACHECO op. cit., 34).

⁴⁹⁸ SOTO, op. cit., 400).

por ende, no puede obligar al juez. Un primer argumento para concluir que procede rebajar la pena en dos grados al mínimo legal, conforme al artículo 52 del Código Penal, dice relación con que la disposición del artículo 450 inciso primero se halla *incompleta* “al no habersele complementado en la forma que necesariamente y por mandato superior de la Constitución ha debido hacer el legislador, lo que la torna inaplicable”. Para fundamentar el aserto se indica que la ley debe describir expresamente la conducta sancionada, de conformidad con el mandato del artículo 19 N° 3, inciso final de la Carta, y la Ley N° 17.727, que reemplazó el inciso primero del anterior artículo 450 del Código Penal en sus términos actuales, en mucho anterior al indicado precepto superior constitucional, por lo que la mencionada ley, *al no haber descrito expresamente como delito o hecho ilícito penal la tentativa de robo con intimidación –a lo que el legislador no estaba obligado a esa fecha por mandato de un precepto legal entonces inexistente– ha de acarrear necesariamente su consiguiente ineficacia jurídica, por hallarse virtualmente derogada por la regla constitucional, al ser inconciliable con el referido artículo 19 N° 3, inciso final, de la Carta Política, sino además con el contenido armónico de la nueva normativa informante del actualmente vigente estatuto constitucional de los derechos de todas las personas*. El segundo argumento principal empleado para sustentar la derogación e ineficacia de la disposición especial de que se trata, lo extraen los sentenciadores de la prohibición contenida en el artículo 19, N° 3 de la Constitución, que proscribe las presunciones de derecho de la responsabilidad penal, aspecto éste de directa vinculación con el tema de la culpabilidad y la garantía del “nulla poena sine culpa”, según hemos establecido anteriormente.

Se razona en el fallo citado que si la Ley 17.727 no derogó ni modificó el contenido de los artículos 7° y 52 del Código Punitivo –el primero de los cuales define el delito consumado, el delito frustrado y la tentativa, en tanto que el segundo determina la pena aplicable en esos casos– al reemplazar el inciso primero del artículo 450 del mismo Código, sin describir la conducta específica constitutiva de la tentativa de un robo con intimidación no hizo sino presumir “de derecho” la responsabilidad penal al establecer que el culpable de un delito de robo con intimidación en grado de tentativa *lo es y será siempre y en todo*

caso de robo con intimidación consumado, lo que contraría clara y abiertamente la imperativa prohibición constitucional. El catálogo de los derechos y garantías individuales consagrado en el Capítulo III de la Carta –añaden los magistrados– contiene una especial norma de protección de la ley al derecho de los procesados al estatuir que ningún delito se castigará con otra pena que la señalada en una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado; debe insistirse en que la ley penal a que hace alusión dicho precepto –contenido en el artículo 19, N° 3, inciso 7° de la Carta– no es ni puede ser otra que aquella a la que se refiere el inciso final del mismo precepto, esto es, aquella en la que el legislador ha de describir sin excusa y expresamente la conducta merecedora de reproche o sanción penal. “Cree esta Corte que la no consideración de lo que se ha venido diciendo haría además ineficaz en su alcance y propósito el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, que reitera como derecho de todas las personas la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de ella regulen o complementen las garantías que ella establece o que las limiten en los casos en que la misma lo autoriza ‘no podrán afectar los derechos en su esencia’, lo que precisamente ocurriría si no se exigiera al legislador penal el cumplimiento de su obligación de ceñirse irrestrictamente y sin limitaciones al antes mencionado mandato constitucional categórico que exige perentoriamente la expresa descripción que de cada conducta constitutiva de delito ha de realizarse, en este caso, por el órgano encargado de la función legislativa, única manera de que luego después pueda el órgano jurisdiccional cumplir adecuadamente la suya”.

Se contienen también en el fallo valiosas consideraciones sobre la función esencial de los jueces y las obligaciones que les afectan en el acto de emitir su sentencia. Aparte de las exigencias contenidas en los números 5 y 6 del artículo 500 del Código Procesal Penal, “resulta consubstancial a toda sentencia el que su contenido sea el resultado de la elaboración mental del juez en torno a la justicia particular que ha de sancionar su decisión”. “El sentenciador está obligado al ejercicio fiel de una función imprescindible e insoslayable suya, cual es la de encontrar y vaciar en su sentencia, luego del estudio de los hechos y

de la selección de las conclusiones útiles al caso, la razón o fundamento jurídico último adecuadamente regulador de la justa pena a aplicar a cada encausado y por cada delito en particular.” Dentro de las razones legales o doctrinales y de los principios jurídicos que deben fundar el fallo, se halla precisamente el de la cuantificación de la pena acorde al grado de desarrollo de cada delito en particular, nivel o grado de evolución del que, en observancia también de la igualdad ante la ley como bien jurídico superior, no puede prescindir el juez.⁴⁹⁹

En una sentencia posterior, la misma Sala del Tribunal de Alzada de Santiago reitera también en decisión mayoritaria frente a un caso igual que el anterior, la doctrina relativa a la contravención al principio constitucional de tipicidad que envuelve la regla especial del artículo 450 inciso primero del Código Penal, de manera que “La notoria pugna entre el principio superior recogido en los dos incisos finales del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política, en el sentido que ninguna conducta será castigada como delito sin que una ley previa a ella la describa expresamente y le señale una pena –axioma también contemplado en la Convención Americana o Pacto de San José y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vinculantes para los tribunales chilenos, por mandato de la última oración del artículo 5° de la ley principal– y el artículo 450, inciso primero, del Código Penal, que castiga los delitos de robo como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa, debe resolverse a favor del derecho superior referido, que de esa forma ha derogado tácitamente el último precepto penal aludido.”⁵⁰⁰

Más allá del eventual debate que pueda suscitarse en torno a algunos de los raciocinios del fallo transcrito, es lo cierto que ellos trasuntan el íntimo convencimiento de los jueces de que la interpretación de las normas penales debe ir de la mano de los postulados superiores constitucionales que amparan a todos los ciudadanos, sin excepción, y que a través de esta hermenéutica debe procurarse llevar la justicia a cada caso en particular.

⁴⁹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, *G.J.*, 228, págs. 112 y ss.

⁵⁰⁰ *Gaceta Jurídica* 229, pág. 144.

Honran a la función de juzgar y a quienes la ejercen –y representan una evidente garantía para los justiciables– los esfuerzos serios por construir una jurisprudencia crítica y creativa al mismo tiempo, que no busca meras soluciones formales –seguramente muy atadas al texto escrito y por ello bien catalogadas, aunque conduzcan a la injusticia– sino que procura *decir el Derecho* en el ámbito más sensible de lo jurídico cual es el Derecho Penal, estableciendo la *ratio legis* particular de la norma punitiva de la mano de los postulados generales y obligatorios de la ley superior y de los tratados integrados a ella, que no pueden ser desatendidos, ya que es allí donde deben encontrarse los fundamentos y límites de las normas inferiores. Estos pronunciamientos deberían estar llamados a marcar el rumbo de toda la evolución futura doctrinaria y jurisprudencial sobre los respectivos temas, prohiendo un productivo diálogo entre doctrina y jurisprudencia.⁵⁰¹ El juez de estos tiempos ha de ser, en opinión de uno de ellos, “abierto, políticamente responsable, creativo, audaz, auténtico, humano”.⁵⁰²

En nuestra opinión, es el argumento construido por las sentencias de la Corte de Apelaciones capitalina sobre la base de la prohibición constitucional de presumir de derecho la culpabilidad (y la responsabilidad) penal, el que con más fuerza conduce a la correcta solución del problema específico abordado en ellas, que es precisamente la encontrada en esos pronunciamientos, en cuanto condenan al encausado como autor del delito en el real grado de desarrollo hasta el que su ejecución llegó (tentativa). La regla especial del artículo 450 del Código Punitivo, anticipativa y alteradora de la punibilidad, implica *presumir de Derecho, ya que no hay posibilidad de probar en contrario*, que el sujeto es culpable y responsable de un delito consumado, cuya sanción es la que debe imponerse, en circunstancias que ese grado de desarrollo no ha existido en la realidad, no se ha verificado jamás. Se castiga al sujeto *como si hubiera cometido un delito consumado* –lo que es una ficción, ya que no ha sucedido en verdad– con la penalidad correspondiente al delito perfecto, el

⁵⁰¹ SOTO, op. cit., 400).

⁵⁰² CARLOS CERDA FERNÁNDEZ, *Iuris Dictio*, 1992, págs. 270 y ss.

cual, como no ha tenido existencia, no podría, según las reglas generales, originar esa pena.

Al mismo tiempo, se erosiona el principio constitucional de igualdad ante la ley, desde que la generalidad de los individuos que incurran en tentativa o en delito frustrado contra la propiedad –incluidos el hurto y el robo cometido en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público, en sitios no destinados a la habitación y en los especialísimos lugares que señala el inciso segundo del artículo 443 del texto legal– sólo podrán ser sancionados con la pena correspondiente al específico grado de desarrollo imperfecto del delito –y, obviamente, también quienes perpetren delitos de muchísima mayor lesividad social (homicidio, por ejemplo)– estando reservada la penalidad del delito consumado sólo para quien alcanzó este resultado. En cambio, los responsables de las figuras delictivas señaladas en el artículo 450 inciso primero del Código Penal, en grado de tentativa o frustración, *deben* ser castigados con la pena correspondiente a un delito que no han cometido –el consumado– y *superior* a la que de acuerdo con los principios generales debe recibir quien lleva su acción sólo hasta la tentativa o el delito frustrado (uno o dos grados inferiores al mínimo legal).

Siempre en el terreno de los principios limitadores fundamentales, no puede haber ninguna duda acerca de la grave contravención al principio de *proporcionalidad* de la pena que en este caso se produce, al cual se lo reconoce como necesario complemento del de culpabilidad –implicada la previa agresión al principio de *lesividad*– exacerbándose la de por sí excesiva represividad penal en materia de hurtos y robos. Refiriéndose a la objetable regla que comentamos, Jorge Mera Figueroa ha puntualizado que este tratamiento verdaderamente excepcional, que trastoca todo el sistema del Código, lleva al extremo las premisas prevencionistas generales que orientan en este ámbito la política criminal del legislador.⁵⁰³ Recordemos que el legislador de la Ley 11.625 actuó en la convicción de que sólo “la más drástica de las sanciones, aplicada sin consideraciones de nin-

⁵⁰³ MERA FIGUEROA, *Hurto y robo. Estudio dogmático y político criminal*, U. Diego Portales, pág. 43.

guna especie en el espacio de tiempo más breve que permitan los procedimientos judiciales...” podía ser eficaz frente a los atentados contra la propiedad, en especial el robo con violencia o intimidación en las personas. Queda muy en claro la opción por una prevención general desproporcionadamente intimidatoria.⁵⁰⁴

La Ley 19.617 derogó la norma del artículo 362 del Código Penal, de acuerdo a la cual el delito de violación debía castigarse con la pena de la consumación desde que existiera *principio de ejecución*, concepto éste que un sector de la doctrina identificaba con la noción de tentativa, contenida en el artículo 7º del Código Punitivo.⁵⁰⁵ Esta reciente eliminación de una regla que anticipaba la punibilidad, alterando con ello los efectos normales y generales del íter criminis sobre la cuantía de la pena, podría otorgar buen fundamento político-criminal a la exigencia de que se proceda igual con la regla del artículo 450 del Código Penal y con cualquiera otra similar en todo el sistema penal. Sin embargo, la preferencia de nuestra legislación por esta clase de disposiciones anormales ha quedado en evidencia con el artículo 24 de la Ley 19.366 (que penaliza el tráfico ilícito de estupefacientes), según el cual, “Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución”.

4. LA PRESUNCION DE VOLUNTARIEDAD

Artículo primero, inciso segundo, del Código Penal

1. El precepto en cuestión, tal como fuera aprobado por la comisión redactora del Código Penal, reza que “Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”.

⁵⁰⁴ MERA FIGUEROA, *Hurto y robo. Estudio dogmático y político criminal*, U. Diego Portales, pág. 43.

⁵⁰⁵ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, t. IV, 3ª edición, págs. 62-64; CARLOS KÜNSEMÜLLER, “Breve análisis de algunas cuestiones problemáticas que plantea el tipo de violación en el Código Penal chileno”, en *Revista de Derecho y Humanidades*, 1992, N° 2, págs. 13 y ss.

Ha sido a lo largo de las décadas –muchas ya– una tradicional “vexata quaestio” entre nuestros estudiosos del Derecho Penal, la determinación del preciso contenido, sentido y función que cabe asignar en el entorno de la teoría del delito y de la pena a la presunción señalada. Todos los autores se han ocupado de ello, con mayor o menor énfasis, en los tratados y manuales, habiendo visto la luz, además, monografías, ensayos y otras obras especializadas sobre tal cuestión.

La interpretación “clásica” de la disposición penal que nos ocupa ha visto en ella una *presunción de dolo*, a partir de los antecedentes proporcionados por la historia fidedigna del establecimiento del Código Penal contenida en las actas de la Comisión Redactora, refrendados por las opiniones escritas por los primeros comentaristas del texto, Pedro Javier Fernández y Alejandro Fuensalida. La jurisprudencia de las Cortes nacionales ha adherido en forma prácticamente invariable a este criterio doctrinario “tradicional”, frente al cual se han alzado voces que proclaman con mucha energía su absoluta “inadmisibilidad”, por contradecir violentamente esenciales principios limitativos-garantistas de orden superior.

El tema y la discrepancia en su torno están vinculados a la definición de delito dada en el artículo primero, inciso primero, del texto legal, de acuerdo con el cual esa categoría normativa se construye con “toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”. Es a partir de la cualidad de “voluntaria” y su sentido o significación que surge y se desenvuelve la polémica referida a la presunción simplemente legal aludida. Lo que se interprete como “acción voluntaria” iluminará el contenido del indicio legal.

Esta controversia está directamente vinculada al postulado “nula poena sine culpa”, teniendo en consideración que no existe en nuestra dogmática un completo acuerdo en cuanto a que el dolo pertenezca a la faz subjetiva del tipo y sea ajeno al elemento culpabilidad, caracterizándose en obras de muy reciente aparición al dolo y la culpa como “formas” o “especies” de la culpabilidad.⁵⁰⁶ Por otra parte, en el ámbito de la discusión doctrinaria y

⁵⁰⁶ POLITOFF, op. cit., 413).

político-criminal internacional, que cuenta con la participación de nuestro país, el problema de las presunciones (de responsabilidad penal) se discute al interior del principio “nulla poena sine culpa”. Así ocurre, v. gr., con las proposiciones de regulaciones excepcionales referidas al crimen organizado.⁵⁰⁷

El tema ha recobrado vigencia como fuente de debate, a partir de la incorporación en la Carta Política de 1980 de la prohibición de establecer presunciones de derecho de la responsabilidad penal (art. 19, N° 3, inc. 6°), materia que ya hemos abordado precedentemente.⁵⁰⁸

2. Dada la reiterada invocación a los autores de nuestro Código hecha por parte de quienes se nutren en las actas de la Comisión Redactora para fundamentar su interpretación del precepto en examen –en particular, la atribución al concepto “voluntaria” de ser equivalente a “dolosa”– es conveniente la expresa referencia a tales fuentes.⁵⁰⁹

La opinión “clásica” o “tradicional” ha sido la de que el examen de la historia del Código evidencia que la definición del artículo primero, inciso primero, del Código Punitivo fue estimada por la mayoría de la Comisión Redactora aplicable *única-mente* al delito y no comprensiva, por tanto, del cuasidelito, siendo lo “voluntario” o “doloso” un ingrediente exclusivo de lo definido por el artículo primero en su inciso primero, esto es, del delito.

a) En la sesión tercera de la Comisión Redactora fue aprobado el artículo primero del Código proyectado, “Delito o falta es toda acción u omisión voluntaria castigada por la ley penal”. A solicitud del comisionado señor Fabres se acordó consignar en el acta respectiva que no obstante esa definición, si posteriormente se creía necesario definir el cuasidelito en materia criminal, se procedería a ello.

⁵⁰⁷ Asociación Internacional de Derecho Penal, AIDP, Conclusiones del XVI Congreso Internacional, Budapest, 1999, Carta Informativa 1999– 2.

⁵⁰⁸ Supra, este Cap., II y III.

⁵⁰⁹ Actas de la Comisión Redactora del Código Penal chileno, Edición con motivo del centenario, Valparaíso, 1974 (bajo dirección del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba).

b) En la sesión 116 consta la indicación del mismo comisionado Fabres para agregar en nuevo inciso del artículo primero o en una norma independiente la definición del cuasidelito, “no comprendido ni entre los verdaderos delitos ni en las faltas”. Para mayor precisión quedó consignado que para los delitos se necesita “voluntad o malicia” de parte del que los comete, para los cuasidelitos, imprudencia o culpa.

c) La redacción del artículo segundo del Código, tal como la conocemos, fue aprobada en la siguiente sesión (117).

d) En la sesión 120, el comisionado señor Rengifo propuso suprimir la definición ya acordada del cuasidelito, estimando que el concepto “voluntaria” comprende tanto a los delitos como a los cuasidelitos, al dolo y a la culpa. “La palabra ‘voluntaria’, que califica tanto al delito como la falta, sólo significa acción u omisión libre, ejecutada sin coacción o necesidad interior; por consiguiente, del mismo modo que se aplica a la simple falta debe también comprender al cuasidelito”. Explicó el proponente que los cuasidelitos no son una clase especial de hechos distintos de los delitos y las faltas en su naturaleza, sino únicamente en las circunstancias que acompañan a su ejecución, de manera que todo delito o falta puede devenir en cuasidelito si no se perpetra con malicia y agregó otras razones más por las cuales, a su juicio, había que eliminar la definición del artículo segundo y consagrar como principio general que la ausencia de *dolo o malicia* como circunstancia que atenúe o exima la responsabilidad, salvo cuando la ley sanciona expresamente la culpa. Se le contestó por la mayoría que era necesario mantener la distinción delito-cuasidelito acordada, ya aceptada por el Código Civil, “a fin de uniformar con esta legislación la penal”, y que habiendo casos especiales de cuasidelitos castigados en el texto, “era necesario definir antes la materia a que esos castigos deben aplicarse”. Se acordó, en definitiva, conservar el artículo.

e) En la sesión 121 fue aprobada la redacción de los cuatro primeros artículos del Código Penal.

f) Se incorpora habitualmente al legajo de estos antecedentes históricos de la ley lo manifestado en la sesión N° 43, a propósito del delito de falsificación de instrumentos privados. Conforme al artículo 194 propuesto, incurriría en esa figura delictiva “el que con perjuicio de tercero *o con intención de causarlo...*”, supri-

miéndose al final esta última frase, “porque siempre es necesario que haya dolo para que un acto se considere delito”.

La conclusión ordinariamente extraída de la fuente de interpretación aludida es que para el sentir de los legisladores la expresión “voluntaria” contenida en la definición del delito envolvía la idea o noción de “dolo”, en concordancia con el pensamiento del jurista español Joaquín Francisco Pacheco, manifestado en sus comentarios al Código hispano de 1848-1850 y que se resumen –básicamente– en que “voluntaria” significa “libre”, “inteligente” e “*intencional*”.⁵¹⁰

Alejandro Fuensalida y Pedro Javier Fernández, primeros comentadores de la ley penal chilena, fueron de la misma opinión citada. Para el primero de ellos, “la voluntad es una idea compuesta de tres elementos simples: la libertad, la inteligencia y la intención”. Añade que entre las acciones u omisiones voluntarias y las fortuitas están las cometidas por imprudencia o negligencia, “...éstas últimas, por no ser intencionales, no se encuentran comprendidas en la definición del delito, y de aquí la necesidad lógica o de completar la definición con la palabra ‘culpable’ o de comprenderlas entre los hechos punibles en un artículo especial”.⁵¹¹ A su turno, Pedro Javier Fernández expresó su interpretación de la ley en el sentido que la voz “voluntaria” es compleja, comprensiva de varias ideas “i aquí tiene el significado más lato que le da el Diccionario. Para que un hecho sea verdaderamente voluntario, se necesita que sea libre, inteligente e intencional, cualquiera de estos requisitos que falte no habrá delito”. Refiriéndose específicamente a la “intención o propósito de cometer un delito”, la identifica con el “dolo o malicia”, que es lo que constituye principalmente al delito, “dejenerando en cuasi delito si falta ese dolo como se expresa en el artículo siguiente”. Al comentar este último precepto (artículo 2º), que define al cuasidelito, señala que “aunque en la definición del delito no se expresa que es necesario que concurre dolo para constituirlo, esa idea va envuelta en la palabra voluntaria que emplea esa definición, idea que se acentúa con el reconocimiento que se hace en este artículo de los elemen-

⁵¹⁰ PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, 1867, págs. 69 y ss.

⁵¹¹ FUENSALIDA, *Comentarios del Código Penal*, I, págs. 7 y ss.

tos constitutivos del delito”. Añade que la Comisión Redactora así lo creyó siempre, hallándose un ejemplo de esto en la supresión de las palabras “o con la intención de causarlo” del artículo 197 del Código.⁵¹²

Gustavo Labatut Glana, Eduardo Novoa Monreal, Alfredo Etcheberry, Manuel de Rivacoba y Waldo del Villar participan de la misma opinión vertida por los primeros comentadores del Código, en el sentido de identificar la voz “voluntaria” con “dolo o malicia” y por ende, apreciar la presunción legal en comento como “presunción de dolo”.⁵¹³

Este criterio, que se califica hasta hoy día de mayoritario, ha encontrado adhesión en obras generales muy importantes, aparecidas en los últimos dos años, como la de Sergio Politoff, cuyo argumento fundamental, siguiendo a Luis Jiménez de Asúa, es que resulta difícil admitir otro criterio que no sea la equiparación de los términos *voluntaria*, *dolo* y *malicia*, que está abonada no sólo por la interpretación histórica, sino también por la sistemática, a partir de la definición de los delitos dolosos y los delitos culposos contenidas en el texto. Menciona jurisprudencia de la Corte Suprema que expresamente ha identificado “voluntaria” con “dolo” y le asigna, en consecuencia, el carácter de presunción legal de *dolo* a la establecida en el inciso segundo del artículo 1º del Código Penal.⁵¹⁴

Siguiendo a Pacheco, Luis Cousiño Mac Iver advierte que la expresión “voluntaria” *excede* en su sentido al dolo o intención, “Decir que un hecho es voluntario, es decir muchísimo más que la simple afirmación del dolo, puesto que lleva implícita también la realización de la acción en forma libre e inteligente”. Después de examinar las proyecciones que tienen los conceptos de “libertad” e “inteligencia”, concluye que “En resumen: la expresión ‘voluntaria’ usada en el artículo 1º del Código Penal, no alude exclusivamente al dolo (intención o malicia), sino

⁵¹² FERNÁNDEZ, *Código Penal*, I, págs. 62-66.

⁵¹³ LABATUT, *Derecho Penal*, t. I, págs. 108 y ss.; ETCHEBERRY, op. cit., 44); NOVOA, *Curso de Derecho Penal*, t. I, págs. 229-232; DEL VILLAR, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, págs. 179 y ss. De Rivacoba y Rivacoba, “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, *Actas de las jornadas internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, pág. 49 y ss.

⁵¹⁴ POLITOFF, op. cit., 413).

también a la libertad o inteligencia como atributos del espíritu que, en definitiva, están ligados a la acción típica, a su antijuridicidad o a la culpabilidad por el hecho”. Por ende, la voluntariedad presumida legalmente no se refiere únicamente al dolo, sino que comprende también la libertad e inteligencia del acto a partir de la “composición trimembre del proceso voluntario”.⁵¹⁵

La tesis de Juan Bustos y Eduardo Soto, basada en el pensamiento finalista, es que la expresión “voluntaria” es sólo comprensiva de la imputabilidad y del conocimiento de la antijuridicidad (“culpabilidad en sentido restringido”) y excluye al dolo.⁵¹⁶ Cousiño reconoce en este planteamiento un esfuerzo dialéctico de proporciones, pero cuyo asidero es difícil de hallar en los antecedentes que esos autores invocan, especialmente la doctrina de Pacheco y las Actas de la Comisión Redactora de nuestro Código.⁵¹⁷

Por su parte, Enrique Cury, desde una perspectiva dogmática similar a la anterior y basado en el criterio sistemático de que el artículo 1º del Código alude, en general, a todo delito y sólo en el artículo 2º se distingue entre dolosos y culposos, postula que la expresión “voluntaria” dice relación con “el conocimiento de la antijuridicidad” –elemento configurativo de la culpabilidad– y es ajena al dolo, “de cuya estructura no forma parte dicho conocimiento”, de modo que lo presumido legalmente es sólo ese saber del agente. Desarrolla varios razonamientos (mayoritariamente procesales), que militan en contra de la supuesta presunción de dolo que *la opinión dominante* sitúa en el inciso segundo del artículo 1º, presunción que califica de “monstruosa”, “inaceptable”, “injusta” e “impracticable”.⁵¹⁸ Le acuerda razón a Rivacoba, en cuanto sostiene que da lo mismo que la disposición se interprete como presunción de dolo –como lo hace la opinión dominante– o de culpabilidad (conciencia de la ilicitud), ya que en ambos casos la cuestión relativa a la violación del “nulla poena sine culpa” se plantea de la misma manera.⁵¹⁹

⁵¹⁵ COUSIÑO, *Derecho Penal chileno*, t. I, págs. 746 y ss.

⁵¹⁶ BUSTOS y SOTO, “Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido”, *RCP*, septiembre-diciembre 1964, N° 3, t. XXIII, págs. 243 y ss.

⁵¹⁷ COUSIÑO, op. cit., 515).

⁵¹⁸ CURY, op. cit., 48).

⁵¹⁹ Idem.

Mario Garrido se une al rechazo de la identificación del elemento “voluntaria” con el dolo, participando de la tesis conforme a la cual “la palabra voluntaria empleada por el artículo 1° alude a la conciencia de la antijuridicidad, lo que resulta congruente en un Estado de Derecho. Toda persona, inclusive aquella que ha realizado una actividad típica, tiene la obligación social de tener conocimiento de aquello que está prohibido por la ley, a menos que pruebe lo contrario (algo semejante a presumir el conocimiento de la ley en otro sentido)”. A la voz “voluntaria” la entiende el autor no como dolo –el cual se deriva del concepto de acción y omisión y no de la expresión “voluntaria”– “sino como voluntad referida –opuesta– a la norma, ya a la prohibitiva del hecho típico (en las conductas dolosas), ya a la del deber de cuidado”.⁵²⁰ Caracteriza de *conclusión absolutamente inaceptable*, jurídica y moralmente, entender que el legislador entra a presumir uno de los elementos trascendentes de la acción, cual es su finalidad, *o sea el dolo*, lo que es inconciliable con lo preceptuado en los artículos 108 y 109 del Código Procesal Penal. “Por otra parte –añade– resulta obvio que si la Constitución Política de la República en el artículo 19 N° 3 es terminante en prohibir que se presuma *de derecho* la responsabilidad penal, parece inarmónico que a su vez el ordenamiento jurídico incorpore como principio general penal la presunción *legal* del dolo en el comportamiento típico”.⁵²¹

Etcheberry, cuya opinión es que la presunción de dolo no es arbitraria ni injusta, ya que implica simplemente aceptar que lo ordinario es que los individuos actúen con libertad y a conciencia de los actos que ejecutan y de su licitud o ilicitud, estima que en la “sistemática welzeliana” defendida por Bustos, Soto, Cury y Garrido Montt, resulta una distinción “un tanto caprichosa” la de sostener, para excluir la referida presunción de la voluntad de realización, que “no puede presumirse que la gente sabe lo que hace, pero que es lícito presumir que tienen conciencia de la ilicitud de sus actos”, ya que si lo primero fuera injusto, también debería serlo lo último”.⁵²²

⁵²⁰ GARRIDO, op. cit., 7) y 46).

⁵²¹ Idem.

⁵²² ETCHEBERRY, op. cit., 44).

Jorge Mera Figueroa entiende *superada* la interpretación tradicional de la expresión “voluntaria”, para la cual esta última se identificaba con el dolo, por “la doctrina más moderna”, con cuyo planteamiento coincide y que consiste en asignarle al vocablo aludido la función de designar *a la culpabilidad*, de modo que lo que se establece en la disposición del inciso segundo del artículo 1º del Código Penal, “es una presunción simplemente legal de culpabilidad”. En consecuencia, lo que los tribunales deben presumir –“porque ello será lo normal”– *es que los imputados tenían el poder de comportarse conforme a derecho*. Quien sostenga lo contrario a dicha regla general, “esto es, que no le era exigible otra conducta, porque carecía, atendida su situación, del poder de motivarse conforme a la norma, deberá probarlo”. Fundamenta su tesis en un concepto de culpabilidad “auténtica y consecuentemente individualizador”, el que debe entenderse como adoptado por nuestro Código Penal, adecuándolo a las exigencias de las normas internacionales sobre Derechos Humanos.⁵²³

Para Jaime Náquira Riveros, la disposición legal debatida está referida a la “culpabilidad en sentido amplio o genérico”, señalando que el legislador sólo puede, si no quiere contrariar el sentido común o la justicia, *presumir hechos con fundamento real o empírico* y precisamente el legislador penal ha presumido en forma simplemente legal que las personas son imputables, que conocen o están en condiciones de conocer lo antijurídico de su obrar y que el contexto situacional en que actúan es normal, sin factores excepcionales que coarten su capacidad de autodeterminación. Estos factores presumidos integran *la dimensión positiva de la culpabilidad* y su contracara, *la dimensión negativa*, se manifiesta a través de las causales de exclusión de la culpabilidad, las que, de existir, deben ser acreditadas y de no ocurrir esto último se reputarán inexistentes y habrá de mantenerse *la visión presumida por la ley*, en el sentido que tanto el autor como su hecho no presentan caracteres de anormalidad o excepcionalidad, ratificándose la base presumida, para un juicio de reproche jurídico-penal. Esta base es el hecho presumido

⁵²³ MERA FIGUEROA, op. cit., 43).

legalmente bajo la expresión “voluntaria”, debiendo encontrarse los elementos cognoscitivo y volitivo del dolo en el concepto de acción, empleado para definir el delito en el inciso primero del artículo 1º del Código.⁵²⁴

3. La jurisprudencia de nuestros tribunales ha dado a conocer como criterio absolutamente mayoritario el que la presunción legal a que nos referimos lo es *de dolo*, citando preferentemente como sustento de tal interpretación el mérito de las Actas de la Comisión Redactora del Código, las explicaciones de los primeros comentaristas del texto y las opiniones vertidas por los profesores que conforman la concepción “clásica” o “tradicional” sobre el tópico.⁵²⁵

Sin embargo, ha prevalecido también el principio de que dicha presunción no incluye al denominado *dolo específico*, (más correctamente, *dolo directo*) requerido en varias figuras típicas del Código, como por ejemplo, aborto (342), castración (395), mutilaciones (396) y también en delitos de leyes especiales, p. ej., fraude tributario (art. 97 N° 4 del Código Tributario).⁵²⁶

No obstante el carácter de “opinión dominante” del criterio que ve al dolo como objeto o contenido de la presunción en comento, se han vertido esfuerzos por parte de sus sostenedores para atemperar o disminuir el evidente impacto negativo que en toda la dimensión de la teoría del delito y de la pena acarrea el presumir ni más ni menos que el dolo, esto es, una voluntad final orientada conscientemente a la específica meta de lesionar un bien jurídico protegido, en todas las acciones humanas punibles, salvo probanza en contrario, postura que, con razón, ha sido calificada de “inadmisibles”. En esta orientación de restar trascendencia a la referida presunción, Sergio Politoff apunta que todo el contenido de la regla queda superado “por la exigencia de certeza en la convicción del juez acerca

⁵²⁴ NÁQUIRA, op. cit., 45).

⁵²⁵ Véase jurisprudencia citada por COUSIÑO, t. I, págs. 756-757; véanse, asimismo, los fallos citados por ETCHEBERRY en *El Derecho Penal en la jurisprudencia*, 2ª edición, t. I, párrs. 45 a 49, 93 a 99.

⁵²⁶ *G.J.* 60, pág. 106; *G.J.* 117, pág. 82; *G.J.* 206, pág. 219; *RDJ*, t. LXXXII, 1985, 2ª parte, sec. 4ª, pág. 182; *RDJ*, t. LXXXIX, 1992, 2ª parte, sec. 4ª, pág. 92.

de la culpabilidad del hechor (art. 456 bis del Código de Procedimiento Penal)".⁵²⁷ Cousiño Mac Iver también alude al artículo 456 del Código Procesal Penal, hoy sustituido por el 456 bis, de idéntica redacción, haciendo presente que "...al exigir la convicción de los jueces por la *certeza*, si bien no ha derogado la presunción de dolo, al menos la ha atenuado o mitigado hasta el extremo de que ella pierde su obligatoriedad". Los jueces pueden dar por establecido el dolo en virtud de la presunción o pueden prescindir de ella, para estarse al mérito probatorio de la causa, actuando en ambos casos conforme a la ley. Considera a la presunción de dolo como *un problema de naturaleza puramente procesal*, pero que debe ser estudiado en sede penal por haber sido introducido al Código en uno de sus preceptos básicos, siguiendo la opinión de Novoa.⁵²⁸

La hipótesis de un carácter *derogatorio* que respecto de la presunción tendría la regla procesal citada, es enfáticamente rechazada por Eduardo Novoa, estimándola una "temeraria afirmación".⁵²⁹ En más de alguna sentencia se ha postulado también el argumento del debilitamiento o, mejor dicho, de la contención o barrera que —a través de enfáticos requerimientos al juez sentenciador encargado de aplicarlas— representan las normas procesales garantistas, frente a los efectos inadmisibles de una presunción legal de dolo llevada al extremo en un juicio criminal, ante una eventual ausencia de prueba contraria: "Que, si bien el artículo 1º del Código Penal contiene en su inciso segundo, una presunción de dolo —materia ésta debatida en nuestra doctrina— no es menos cierto que tal presunción no exime al ente jurisdiccional de convencerse plenamente y más allá de toda duda razonable, si el sujeto sometido a juzgamiento actuó con dolo o sólo con culpa, obligación que emana de los fundamentales preceptos garantizadores contenidos en los artículos 109 y 456 bis del Código de Procedimiento Penal" (voto disidente que rechaza la imputación de dolo eventual y acepta sólo la de culpa sin representación).⁵³⁰

⁵²⁷ POLITOFF, op. cit., 413).

⁵²⁸ COUSIÑO, op. cit., 515).

⁵²⁹ NOVOA, op. cit., 513).

⁵³⁰ G.J. 142, págs. 98 y ss.

4. Si bien hasta hace algún tiempo adheríamos a la interpretación “clásica” o “mayoritaria”, coincidimos actualmente con nuestro recordado colega Alfonso Reyes –mártir del Derecho y la justicia– en que resulta *inaceptable* la presunción de dolo, aun cuando no sea más que *iuris tantum*. El catedrático colombiano se preguntaba por la razón en virtud de la cual se pudiera sostener que siendo la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (representada en este caso por el dolo) aspectos igualmente necesarios para el surgimiento del delito y de la responsabilidad, solamente deben ser comprobados los dos primeros y no el último. El único velado argumento estaría vinculado a la dificultad de probar un fenómeno de índole psicológica; “pero se respondería fácilmente con el de que el dolo, teniendo tal origen, siempre se exterioriza y manifiesta mediante actitudes sensorialmente perceptibles y, por lo mismo, susceptibles de demostración”.⁵³¹

Al respecto, es útil recordar que en nuestra doctrina se ha mencionado precisamente como fundamento explicativo de la presunción legal de dolo la “evidente dificultad práctica de la prueba del dolo en muchos casos, con lo cual se evita la impunidad o el castigo a título de culpa en los casos dudosos”.⁵³² Ricardo C. Núñez advierte como *graves peligros* de la presunción los siguientes: habría que admitir que el autor obró dolosamente por la sola circunstancia de haber realizado el hecho descrito en la ley; los dichos del acusado carecerían de valor para destruir la presunción, porque de otra manera ésta carecería en absoluto de sentido, ya que estaría en sus manos el destruirla; y finalmente, contraría el principio universal de la presunción de inocencia.^{532 bis}

En sus *Comentarios al Código Penal español* –texto revisado de 1963– Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo le asignan a la presunción legal de voluntariedad, “entendida frecuentemente como presunción de dolo”, el riesgo de favorecer en la práctica una actitud de renuncia o indiferencia respecto del establecimiento de la concreta e individual culpabilidad del sujeto. Ci-

⁵³¹ REYES, *Culpabilidad*, 1991, pág. 68.

⁵³² LABATUT, op. cit., pág. 148.

^{532 bis} RICARDO C. NÚÑEZ, *Derecho Penal Argentino, Parte General*, t. II, 1950, pág. 70.

tan como ejemplo de un criterio extremo la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1956, cuya doctrina fue que la forma de voluntariedad que como elemento espiritual caracteriza las infracciones definidas como delitos, “no requiere demostración alguna por parte de los tribunales, a quienes es la propia ley, anticipándose a su criterio, quien se las da formalizada mediante aquella presunción”.

Los penalistas citados propugnan en su obra una interpretación restrictiva de la presunción, tanto por lo que se refiere a su objeto, como a su eficacia procesal, entendiéndola en materia sustantiva como “presunción de voluntad contraria a la norma”, no de dolo, haciendo presente, en todo caso, lo deseable de su supresión en una futura reforma. Esto vino a ser realidad con el nuevo Código de 1995. Alfonso Reyes nos transcribe, en lo esencial, la doctrina de una sentencia de la Corte Suprema colombiana que rechaza expresamente la presunción de dolo, en términos que nos parecen de validez supranacional: “No es posible hoy, a la luz de las modernas tendencias del derecho penal, sostener la existencia de delitos cuyo dolo esté implícito o vaya envuelto en la acción misma del delito, como ocurría en la época de los prácticos, cuando campeaba la famosa “presunción del dolo” que se expresaba diciendo que en algunas infracciones la acción criminal “in se dolum habet”.⁵³³ Luis Cousiño Mac Iver acepta la existencia de *muchas razones* para demostrar la *inconveniencia* de la presunción de dolo, que implica la iniciación de un proceso sobre el supuesto de la acción dolosa, más estima que “... no es ésta la oportunidad para hacer la crítica de la ley, materia de política criminal y no de dogmática”. Agrega, a continuación, lo conveniente de tener en cuenta que *este inaceptable principio* ha sido reemplazado por el principio antagónico, cual es la *presunción de la inocencia* –“dogma fundamental para los países civilizados”– contenido en el artículo 11 N° 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁵³⁴

Nuestro pensamiento era hasta hace algún tiempo –según ya indicamos– que la presunción “iuris tantum” del artículo 1º,

⁵³³ REYES, op. cit., 531).

⁵³⁴ COUSIÑO, op. cit., 515).

inciso primero de nuestro Código debía ser entendida como presunción “de dolo”, limitada, constreñida, atemperada por las normas procesales garantistas (arts. 109 y 456 bis). Lo expresamos así en la sentencia (voto disidente) citada más arriba y también en otros fallos dictados por la ltma. Corte de Apelaciones de San Miguel.⁵³⁵ Hemos rectificado, abandonando la antedicha interpretación y estamos convencidos de que no es posible en la hora presente –de cara al entramado normativo que, integrado por disposiciones de jerarquía constitucional de indiscutible supremacía y validez general, representa una valla ideológica y sistemática contraria– seguir sosteniendo una presunción de dolo. Tratándose de una disposición vigente, debe buscarse una interpretación racional de ella al interior del *actual y total* orden jurídico chileno. Consecuentemente con lo expresado, adherimos a la tesis de que el indicio legal debe entenderse referido a la “culpabilidad”, en el “amplio” sentido de “atribuibilidad” o, más específicamente, de “pertenencia subjetiva” del hecho al sujeto, en relación a su capacidad genérica para obrar conforme a Derecho.

En el Capítulo Primero expresamos nuestra opinión respecto del insatisfactorio y débil reconocimiento constitucional del principio fundamental de culpabilidad y de la necesidad de perfeccionar, en términos de claridad y precisión en cuanto a los fines pretendidos (seguridades y garantías), la fórmula legal existente.⁵³⁶ Una interpretación teleológica y contextual de todas las normas concurrentes, hecha a partir del supuesto racional de que las leyes deben interpretarse en coherencia irrestricta a su bases constitucionales, impide aceptar como un criterio general del Derecho Punitivo que todas las acciones y omisiones ilícitas que le interesan han de ser reputadas –a priori– como dolosas, debiendo buscarse y lograrse en la praxis una prueba en contrario. Si la “presunción de inocencia” es *un dogma fundamental para los países civilizados* –como lo caracteriza Cousiño– a contrario sensu no puede serlo también *un dogma esencialmente contrario e incompatible*, como la presunción de dolo, que re-

⁵³⁵ Supra, op. cit., 457); op. cit., 458).

⁵³⁶ Supra, Cap. Primero, 5, págs. 13-14.

sulta, a todas luces, inadmisible. Mucho ganará sin duda nuestro sistema jurídico si se deroga, en el más breve plazo, la regla que comentamos, ya que con ese paso y las imprescindibles proclamaciones explícitas (constitucionales) del principio de culpabilidad –con modificación del artículo 1º del Código Penal (reemplazo de “voluntaria” por “dolosas o culposas”) y de las demás normas involucradas– será posible una conciliación plena con las bases limitadoras del ius puniendi y, por ende, con la noción de Estado de Derecho democrático. Los arts. 109 y 456 bis del Código Procesal Penal han operado en la práctica –probablemente en la gran mayoría de los casos– como barreras de contención frente a eventuales abusos de la presunción (inversión de la prueba) y la exigencia de convicción plena en el juez sobre la existencia del hecho punible y la participación culpable del imputado ha permitido la absolución en los casos dudosos. Sin embargo, no nos parece que sea esa “*delegación*” en las normas procesales y en la confianza de su correcta interpretación y aplicación por los tribunales –por bien que haya funcionado– un mecanismo seguro y certero para resolver una relevante cuestión de Derecho Penal sustantivo, que se origina en la definición misma de delito.

5. La temática de las presunciones “de voluntariedad” y “de inocencia” es abordada en términos distintos –y por cierto novedosos– en publicaciones recientes de jóvenes autores, como la de Alexander Gallaher Hucke.⁵³⁷ En su concepto, que contraría la opinión dominante, por razones estructurales no es una auténtica norma de presunción la contenida en el inciso segundo del artículo primero del Código Penal y constituye un *gran equívoco* hablar de presunción simplemente legal que puede ser destruida mediante la prueba de la involuntariedad del acto. “Mientras las auténticas normas de presunción relativa regulan como indicio un hecho distinto de los que constituyen el supuesto de la norma material aplicable, en el artículo 1. 2 C. P. el indicio está constituido por dos hechos que precisamente integran el

⁵³⁷ GALLAHER, *La presunción de inocencia y la presunción de voluntariedad*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 1996.

supuesto del precepto subyacente al artículo 1. 1 del C. P.". Califica de "peculiar" la estructura del precepto en cuanto a que, por una parte, entran tres hechos hipotéticos en la norma del inciso primero: el de haberse ejecutado una acción u omisión, el de estar penada por la ley, y el de ser voluntaria, y por la otra, la norma del inciso segundo regula a los dos primeros hechos como indicios del tercero, "es decir, determina que se tendrá por establecida la voluntariedad de una acción u omisión penada por la ley cuando se acredite o conste, precisamente, la acción u omisión penada por la ley".⁵³⁸ La mal llamada "presunción de voluntariedad", constituye para el autor una "regla de juicio" –de la misma manera que lo es la "falsa" presunción de inocencia– que tiene que ver muy estrechamente con el problema de la resolución de la duda y la carga de la prueba en el proceso penal. Su interpretación del artículo primero, inciso segundo del Código, es que el juez, *para condenar, no necesita probar de manera determinada y específica* que el imputado actuó con voluntad, o imputablemente, o con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, o dolosamente, *a menos* que del conjunto de las probanzas conste *la posibilidad* de lo contrario, en cuyo caso deberá intentar disipar la duda, y si no lo consigue, ésta favorecerá al imputado e impedirá su condena.⁵³⁹

La configuración de la voluntariedad como "una verdad interina o provisional durante el curso del proceso" (incluyendo al dolo) *que el juez no necesita corroborar o verificar*, no logramos advertirla, a los efectos sustanciales que realmente interesan –más allá de consideraciones meramente terminológicas o estructurales, que nos parecen secundarias– como opuesta, contraria o, al menos, radicalmente distinta a la "clásica presunción" tan rotundamente objetada de tal "verdad interina o provisional", que se transformará en definitiva si no surgen dudas acerca de la "voluntariedad"; habría que incluir a la actuación con dolo, ya que el hecho se ha producido "en la forma que, en general, se produce en la vida cotidiana",⁵⁴⁰ ya que el dolo "es el presupuesto

⁵³⁸ Idem, págs. 11 y ss.

⁵³⁹ Ibidem, págs. 61 y ss.

⁵⁴⁰ SOLER, *Derecho Penal argentino*, 2, págs. 104 y ss.

normal de todo actuar punible”.⁵⁴¹ Llegamos así, a nuestro entender, al mismo resultado cuestionable, propio del indicio legal identificado por la opinión mayoritaria, y al mismo recurso correctivo, representado por los artículos 109 y 456 bis del Código de Enjuiciamiento Criminal, que Gallaher estima conciliable con la voluntariedad entendida como “verdad procesal interina o provisional”.

La conclusión “sorprendente” y “paradójica” como él la denomina, a que llega el autor cuyo ensayo comentamos, en el sentido que la “presunción de voluntariedad” y la “presunción de inocencia” disciplinan de idéntica manera la situación del imputado frente a la prueba y son en modo alguno antagónicas, sino *plenamente coincidentes*,⁵⁴² no encontrará fácil aceptación en nuestra doctrina penalista. El principio de culpabilidad –responsabilidad penal subjetiva, “no hay pena sin dolo o culpa”– y el de inocencia (su referente procesal) son absolutamente coincidentes y expresan una misma idea-garantía fundamental. La presunción del artículo primero, inciso segundo de nuestro Código es *frontalmente incompatible* con el “nulla poena sine culpa”,⁵⁴³ no obstante la aceptación de prueba en contrario, las limitaciones o correctivos que puedan extraerse de las normas procesales y la distinta manera de calificar doctrinariamente una figura legal que para la opinión mayoritaria es una presunción sobre un supuesto constitutivo del delito y cuya presencia lleva, por ende, a la punibilidad.

El razonamiento según el cual la norma del artículo 1.2 C.P. no configura al delito como la consecuencia de una acción u omisión (a), penada por la ley (b) y voluntaria (c), sino únicamente de (a) + (b), mientras que “(non c) impide su nacimiento”, no podemos compartirlo, aunque se lo restringe “a los efectos de la prueba”; si la voluntariedad es, como lo expresa Gallaher, “una cualidad del propio hecho en que se exterioriza (acción u omisión penada por la ley), sin cuyo concurso éste no es tal a los efectos del delito...”, no puede caber duda ninguna de que es un elemento constitutivo de la noción legal de

⁵⁴¹ Mezger, *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal*, U. de Valladolid, 1956, pág. 5.

⁵⁴² GALLAHER, op. cit., 537, págs. 71 y ss.

⁵⁴³ DE RIVACOBIA y RIVACOBIA, op. cit., 70).

delito, de aquello en que el delito consiste en esencia, y, obviamente, por tal razón, su ausencia (non c) impide la configuración del delito –estando reclamada su presencia por la definición legal (a) + (b) + (c)– impedimento que también se producirá, obviamente, en los casos de ausencia de acción u omisión.⁵⁴⁴

6. El rechazo que oponemos a las presunciones que desnaturalicen el principio de culpabilidad deriva seguramente de nuestra adhesión al “Viejo, Buen y Decente Derecho Penal Liberal” (“Gutes, Altes, Liberales Anständiges, Strafrecht”),⁵⁴⁵ ceñido estrictamente a los principios de garantía, destinados a proteger al ciudadano del poder coactivo estatal. No obstante, se nos advierte actualmente sobre “la expansión del Derecho Penal” en una sociedad de riesgos,⁵⁴⁶ sobre una “tendencia autoritaria en el sistema penal”,⁵⁴⁷ en relación a la “huida” selectiva que ha emprendido la sociedad postindustrial hacia un Derecho Penal que, al ser más “eficaz”, otorgue seguridad a una mayoría social que se identifica con la víctima del delito y cuyo tema prioritario es el miedo y la inseguridad.⁵⁴⁸

Las evidencias de esta nueva orientación legislativa, exigida, además, por otros fenómenos, como la “globalización” y la “integración supranacional”, nos son mostradas por Jesús María Silva Sánchez: introducción de nuevos tipos penales, agravación de los ya existentes, “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho Procesal Penal, creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía.⁵⁴⁹ Las demandas de una “sociedad del riesgo” (“Risikogesellschaft”), o de una “sociedad del miedo” apuntan a un Derecho Penal “más eficiente”, visto como

⁵⁴⁴ Cfr. GALLAHER, op. cit., pág. 64.

⁵⁴⁵ JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 391).

⁵⁴⁶ BECK, *Risikogesellschaft. Auf den Weg in eine andere moderne*, Frankfurt, 1986; *Politik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1991; PÉREZ DEL VALLE, “Sociedad de riesgos y reforma penal”, *PJ*, 1996, N^{os} 43-44, págs. 61 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El moderno Derecho Penal para una sociedad de riesgos”, *PJ*, 1997, págs. 289 y ss.

⁵⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 391).

⁵⁴⁸ Idem, págs. 36-42.

⁵⁴⁹ Ibídem, págs. 17-20.

único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización a través de más Derecho Punitivo, con transformación de la “última ratio” en “prima ratio”, del “Derecho Penal mínimo” en “Derecho Penal máximo” y priorización de la ley penal como “Magna Charta” de la víctima, por encima de la clásica del delincuente.⁵⁵⁰

Por otra parte, el tratamiento de los nuevos delitos surgidos de la globalización económica, en especial la criminalidad organizada transnacional, requiere una correlativa estrategia penal y político-criminal “globalizada”, con principios menos rígidos, “más laxos” que los clásicos, cuyo respeto irrestricto obstaculiza la satisfacción de objetivos eminentemente “prácticos”.⁵⁵¹ Las formalidades y procedimientos son despreciados por “problemáticos” y se cuestiona a los propios principios formales del Derecho Penal, que “durante los últimos siglos han representado precisamente su quintaesencia”. “Desde la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, a las reglas del debido proceso y la jurisdiccionalidad, pasando por la totalidad de los conceptos de la teoría del delito, el conjunto de principios y garantías del Derecho Penal se contemplan como sutilezas que se oponen a una solución real de los problemas”.⁵⁵²

En su investigación sobre la evolución del Derecho Penal en Europa, el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo en Brisgovia establece que “las excepciones al principio nulla poena sine culpa son numerosas”.⁵⁵³ Palazzo señala que las hipótesis de la responsabilidad sin culpabilidad “son aún numerosas en el Código italiano y la jurisprudencia continúa haciendo un largo uso de ellas, empujada también por la necesidad de reprimir adecuadamente una criminalidad de graves consecuencias”.⁵⁵⁴ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite las presunciones de culpabilidad en la medida que sean procesalmente rebatibles, es decir, “simplemente legales”. La legislación francesa contempla “in-

⁵⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 391) pág. 38.

⁵⁵¹ Idem, págs. 63-88.

⁵⁵² Ibidem, págs. 55-60.

⁵⁵³ *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. I, “Developments of Criminal Law in Europe”, B. Huber, págs. 64-66.

⁵⁵⁴ PALAZZO, op. cit., 30).

fractions matérielles” y la inglesa reconoce la “strict liability” como criterio de imputación, situaciones éstas que en nuestra concepción vulneran el principio de culpabilidad.⁵⁵⁵

En el último Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Nº XVI), celebrado en 1999 en Budapest y cuyo tema fue “Los sistemas de justicia penal frente al desafío del crimen organizado”, la Sección III, encargada del procedimiento penal, aprobó como Segunda Resolución, la siguiente: “La presunción de inocencia constituye un elemento integrante del estado de derecho. La carga de la prueba recae en la parte acusadora, siendo el nivel de prueba requerido, bien el de la íntima convicción, bien el del sistema establecido de prueba legal. Toda presunción de culpabilidad que no pueda ser objeto de prueba en contrario se encuentra formalmente prohibida”. Se estimaron, por ende, compatibles con el principio “nulla poena sine culpa”, *las presunciones “iuris tantum” de culpabilidad*, criterio éste representativo actualmente, entre otros, de la denominada “expansión” del Derecho Penal y al cual nos opusimos en los debates, en nuestra condición de autor de la ponencia chilena y representante de la Sección Nacional de la A.I.D.P.⁵⁵⁶ El Coloquio de Jóvenes Penalistas, realizado en Siracusa, 1997, había acordado una propuesta mucho más satisfactoria, claramente defensora de los principios fundamentales del Derecho Penal “clásico”: “En el marco de la lucha contra la criminalidad organizada, conviene mantener los principios fundamentales del derecho penal, como el principio de subsidiariedad (“última ratio”), el principio de legalidad (“nullum crimen sine lege”), *el principio de culpabilidad* (“nullum crimen sine culpa”) y el principio de presunción de inocencia (“in dubio pro reo”). La carga de la prueba incumbe siempre a quien persigue”.⁵⁵⁷ Muy correctamente se situó a continuación del principio de culpabilidad al de “presunción de inocencia”, directo referente procesal de la garantía sustantiva, el cual, según ya indicamos, es empleado entre nosotros como argumento (entre otros) para cohonestar la tradicional “presunción de dolo” del artículo 1º inciso segundo de nuestro texto penal.

⁵⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., 391; Ashworth, *ZStW*, 110, 1998, págs. 467 y ss.

⁵⁵⁶ Ponencia a la Sección III, Coloquio preparatorio de Guadalajara, 1997.

⁵⁵⁷ Jóvenes penalistas, *AIDP*, Carta informativa 1999, 1, págs. 136-143.

BIBLIOGRAFIA

- ACHENBACH, HANS, "Imputación individual, responsabilidad y culpabilidad", en *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, edic. española, 1991.
- Actas de la Comisión Redactora del Código Penal chileno*, edición con motivo del centenario del Código Penal, Edeval, 1974.
- "Anteproyecto de Código Penal para la República de Paraguay", Fiscalía General del Estado.
- "Anteproyecto de Código Penal para la República de Guatemala", en *Política criminal. De la formulación a la praxis*, Binder, Alberto, 1997.
- ARROYO ZAPATERO, "El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea", *Revista Penal*, 3 1999.
- ASHWORTH, A, ZStW, 110, 1998; *Principles of Criminal Law*, 2ª edición, Oxford, 1995.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. V, Nº 18; "El principio de culpabilidad, carácter del autor y 'poena naturalis', en el Derecho Penal actual", *Teorías actuales del Derecho Penal, 75 Aniversario del Código Penal Argentino; Principios de Derecho Penal, Parte General*, 1997.
- BALDASARRE, ANTONIO, "The impact of the Constitutional Court on the Italian Penal Code and Constitutional Principles", *Nouvelles Etudes Penales*, Nº 17, 1998.
- BARBERO SANTOS, MARINO, "La fundamentación doctrinal y la orientación político-criminal del Código Penal chileno en el panorama actual del Derecho Penal", en *Actas de las Jornadas Internacionales en celebración del centenario del Código Penal*, 1975.
- BAUMANN, JÜRGEN, *Derecho Penal, Conceptos fundamentales y sistema*, 1973.
- BECK, *Risikogesellschaft auf den Weg in eine andere moderne*, Frankfurt, 1986; *Politik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1991.

- BERGALLI, ROBERTO, "Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España", *Doctrina Penal*, 1986.
- BETTIOL, GIUSEPPE, Instituciones, cit. por Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho Penal*, I-I, 1982.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, "El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal (español)", *Doctrina Penal*, año 7, octubre-diciembre 1984; Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. I, 1997; Bustos Ramírez, Juan, "Política criminal y dogmática", *El poder penal del Estado*, 1985; Bustos-Hormazábal, *Derecho Penal Latinoamericano Comparado*, t. I; Bustos, Juan - Soto, Eduardo, "Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido", *RCP*, septiembre-diciembre 1964, N° 3, t. XXIII; "Política Criminal y Estado", *GJN*° 194.
- CALLIES, ROLF, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozilen Rechtsstaat*, 1974.
- CARRARA, FRANCESCO, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, t. I.
- CEA, JOSÉ LUIS, "La igual protección de los derechos", *RCHD*, 1982.
- CEREZO MIR, "El delito como acción culpable", *ADPCP*, t. XLIX, fasc. 1, 1996; "El concepto material de culpabilidad", *Criminalia*, año LXIII, N° 2, 1997; *Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, 1982; *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, Introducción; *Teoría jurídica del delito*, cuarta edición.
- CERDA FERNÁNDEZ, CARLOS, *Iuris Dictio*, 1992; *Reforma Procesal Penal*, *Conferencia de Presidentes de Cortes Supremas de América*, 1994.
- COBO DEL ROSAL- VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, I-II, 1ª edición, 1982; 5ª edición, corregida, aumentada y actualizada, 1999.
- CONTENTO, *Crisi e avvenire de la pena carceraria*, Milán, 1964.
- CÓRDOBA RODA, JUAN, *Culpabilidad y pena*, 1974.
- COUSIÑO MAC IVER, LUIS, *Derecho Penal chileno*, t. III, 1992.
- CREUS, CARLOS, *Introducción a la nueva doctrina penal*, 1991.
- CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho Penal*, Parte General, T. II; "La culpabilidad", *RCHD*, vol. 22, N° 2, mayo-agosto 1995; "Contribución al estudio de la pena", *RCP*, 3ª época, enero-abril 1973, N° 1, t. XXXII; "Derecho Penal, Criminología y Política Criminal", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, 1988.
- DE FIGUEIREDO DÍAS, JORGE, "Resultados y problemas en la construcción de un sistema de Derecho Penal funcional y racionalmente final", *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*, 1995.
- DE LA FUENTE, FELIPE, "Culpabilidad, pena y libertad", *R.D.U.C.V.*, XV, 1993-1994.
- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL, "El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno", *Actas de las Jornadas Internacionales en celebración del centenario del Código Penal chileno*, Edeval, 1975; "Tentaciones, principios y perspectivas para una política criminal en Chile a la altura de los tiempos", *Política Criminal y Reforma Penal*, Universidad de Antofagasta, 1996;

- Función y aplicación de la pena, 1993; *Evolución Histórica del Derecho Penal chileno*, 1991.
- DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO - HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho Penal, Parte General*.
- DEL VILLAR, WALDO, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 1985.
- DONNA, EDUARDO, "La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos", *Teorías actuales en el Derecho Penal*, 75 Aniversario del Código Penal Argentino.
- DÖLLING, DIETER, "Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion"?, *ZStW*, 102 Band, 1990, Heft 1.
- ELLSCHIED-HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf*, 1970.
- ENGISCH, KARL, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1967.
- ESER, ALBIN Y BURKHARDT, BJÖRN, *Derecho Penal*, 1995.
- ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal*, 4 tomos, 3ª edición; "La culpabilidad como fundamento y medida de la pena", *RCP*, 3ª época, enero-abril 1973, N° 1, t. XXXII; "Centenario del Código Penal chileno: ¿Permanencia o Caducidad?", *Actas de las Jornadas Internacionales en celebración del centenario del Código Penal*, 1975; *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, 2ª edición, 1987.
- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los Derechos Constitucionales*.
- European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo en Brisgovia, Alemania.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MARÍA DOLORES, "Los límites del ius puniendi", *ADPCP*, t. XLVII, fasc. 3.
- FERNÁNDEZ, GONZALO, "El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad", *De las Penas, Homenaje al profesor Isidoro De Benedetti*, 1997; *Culpabilidad y Teoría del delito*, 1995.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho Penal fundamental*, t. II, 1995; "Hacia una dogmática penal sin culpabilidad", *Nuevo Foro Penal*, año IV, octubre-noviembre-diciembre, 1982, N° 16.
- FERNÁNDEZ, PEDRO JAVIER, *Código Penal*, I, 1899.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, 1998.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal*, Introducción y Parte General, decimosexta edición.
- FIANDACA, GIOVANNI, "Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabili della legge penale", *Foro Italiano*, I, 1988.
- FRAGOSO, HELENO CLAUDIO, "Pena y culpabilidad", *RCP*, 3ª época, enero-abril 1973, N° 1, t. XXXII.
- FRÍAS CABALLERO, JORGE, *Teoría del delito*, 1993.
- FUENSALIDA, ALEJANDRO, *Concordancias y Comentarios del Código Penal chileno*, I, 1883.

- GARCÍA DÍAZ, FERNANDO, "La culpabilidad como fundamento y medida de la pena", *Boletín de Investigaciones*, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, 1981.
- GARCÍA PABLOS, ANTONIO, *Derecho Penal*, Introducción, Universidad Complutense, 1ª edición, Madrid, 1995; 2ª edición, 2000; "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal, utopía, mito y eufemismo", *ADPCP*, t. XXXII, fasc. III.
- GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO, "Delitos de sospecha. Principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia", *ADPCP*, fasc. 2, 1993.
- GALLAHER, ALEJANDRO, *La presunción de inocencia y la presunción de voluntariedad*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 1996.
- GARRIDO MONTT, MARIO, *Derecho Penal, Parte General*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Estudios de Derecho Penal*, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", 1981; "La culpabilidad como criterio regulador de la pena", *RCP*, 3ª época, enero-abril 1973, N° 1, t. XXXII.
- GÖSSELL, KARL HEINZ, "La obtención del Derecho Penal" (*Strafrechtsgewinnung*), traducción de José Domínguez, versión publicada por Enrique Cury U.
- GRISOLÍA, FRANCISCO, "La reforma penal en Chile", *ADPCP*, 1967.
- GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS, "Política criminal y reforma penal en Chile (1991-1995)", *Política criminal y reforma penal*, Universidad de Antofagasta, 1996.
- GUZMÁN VIAL, MANUEL, "El principio de la retribución y algunos aportes de la antropología", *RCP*, enero-abril 1973, N° 1, t. XXXII.
- HAFTER, ERNST, *Lehrbuch*, t. I.
- HAFFKE, BERNHARD, "Sozialwissenschaften im Studium des Rechts", t. III, Strafrecht, Edit. Hassemer y Lüderssen, 1978.
- HASSEMER, WINFRIED, "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", *Cuadernos de política criminal*, 1982; *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, 1984.
- HEGEL, G, citado por MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*.
- HENKEL, HEINRICH, *The self-determination of man as a problem of Legal Philosophy*, L.S., vol. 14, 1976; "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip", en *Festschrift für Edmund Mezger*.
- HIERRO, LIBORIO L., "Libertad y responsabilidad penal", *ADPCP*, t. XLII, fasc. II.
- HIRSCH, HANS JOACHIM, *Strafrechtliche Probleme, Schriften aus drei Jahrzehnten*, 1999.
- HOCHHEIMER, "Zur Psychologie der strafenden Gestalt", *Kritische Justiz*, 1969.
- HRUSCHKA, *Festschrift für Kleinknecht; Strukturen der Zurechnung*.
- HULSMAN, LOUK, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, 1984, varios autores; *Abolicionismo penal*, 1989; "En torno a la mediación como camino alternativo al sistema penal", *R.F.D.U.C.*, N° 11.

- JAKOBS, GÜNTHER, "El principio de culpabilidad", *ADPCP*, t. XLV, fasc. III; *Derecho Penal, Parte General*, "Fundamentos y teoría de la imputación", traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 1995.
- JESCHECK, HANS HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, vol. I, (edición española); "La crisis de la política criminal", *Doctrina Penal*, 1980; *Beiträge zum Strafrecht*, 1980-1988, Berlin 1998.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho Penal*, t. V; "Corsi e Riccorsi, la vuelta de Von Liszt", *NPP*, año 1, enero-abril 1972, N° 1.
- Jeunes Penalistes (Jóvenes Penalistas), *AIDP*, Carta Informativa 1999, I.
- KAUFMANN, ARTHUR, *Das Schuldprinzip*, 1961, 2ª edición 1976; "Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedanken im Strafrecht", *JZ*, 1967.
- KAUFMANN, HILDE, "Derecho penal de culpabilidad, concepto de pena y ejecución orientada al tratamiento", *Nuevo Pensamiento Penal*, año 3, 1974; "¿Qué deja en pie la criminología del Derecho Penal?", *ADPCP*, 1963, traducc. de C. M. Landecho.
- KLUG, ULRICH, cit. en Baumann, "Programm für ein neues Strafgesetzbuch", 1968.
- KOHLRAUSCH, E., *Festgabe für Güterbock*, 1910.
- KÜNSEMÜLLER CARLOS, "Breve análisis de algunas cuestiones problemáticas que plantea el tipo de violación en el Código Penal chileno", *Revista de Derecho y Humanidades*, 1992; "Las hipótesis preterintencionales", *G.J.* 204; "La circunstancia agravante de reincidencia", *G.J.* 212.
- LABATUT GLENA, GUSTAVO, *Derecho Penal*, t. I, última edición 2000.
- LACKNER, KARL, *Festschrift für Kleinknecht*, 1985.
- LANDECHO VELASCO, CARLOS MARÍA y MOLINA BLÁSQUEZ, Concepción, *Derecho Penal español, Parte General*, 5ª edición, 1996.
- LANG HINRICHSEN, DIETER, "Acerca de la crisis del pensamiento de culpabilidad en el Derecho Penal" (traducción del autor), *ZStW*, 73 Band, 1961.
- LENCKNER, THEODOR, "Schuld und Schuldunfähigkeit", *Handbuch für forensische Psychiatrie*, I, A, 1972.
- LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1932.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "El moderno Derecho Penal para una sociedad de riesgos", *Poder Judicial*, 1997.
- LÖFFLER, ALEXANDER, *Schuldreform*, 1895.
- LUISI, LUIZ, "El principio de intervención mínima", en *Política criminal y reforma penal*, Universidad de Antofagasta, 1996.
- LUZÓN-PEÑA, DIEGO, "Culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995", *Teorías actuales en el Derecho Penal*, 75 Aniversario del Código Penal Argentino.

- MAIER, JULIO, "Política criminal, Derecho Penal y Procesal Penal", *Doctrina Penal*, año 1, N^{os} 1-4, 1978.
- MAYER, M. ERNST, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 2, Auflage, 1923.
- MAURACH, REINHARDT, *Tratado*, 1962, I.
- MAURACH-ZIPF, *Derecho Penal, Parte General*, vol. I, 1994, traducción de Enrique Aimone y Jorge Bofill.
- MERA FIGUEROA, JORGE, *Derechos humanos en el Derecho Penal chileno*, Conosur, 1998; *Hurto y robo, Estudio dogmático y político criminal*, Universidad Diego Portales.
- MEZGER, EDMUNDO, *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, 1956.
- MIR PUIG, SANTIAGO, "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", *ADPCP*, t. XXXIX, fasc. I; *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª edición, 1982; "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena", *El Poder penal del Estado*, 1985; *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, 1998.
- MOCCIA, SERGIO, "Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente", *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, 1995.,
- MORALES PRATS, FERMÍN, "Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Unión Europea. Reflexiones a propósito del Corpus Iuris", *Revista Penal*, 3, 1999.
- MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS, "Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad", *El Poder Penal del Estado*, 1985.
- MORSELLI, ELIO, "Neorretribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena", *ADPCP*, t. XLVIII, fasc. I, enero-abril, 1995.
- MÜLLER-DIETZ, "Sozialwissenschaften und Strafrechtsdogmatik", en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "El principio de culpabilidad", *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Universidad de Santiago de Compostela, 1976; *Introducción a la obra de Roxin, Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal* (trad.); *Teoría General del Delito*, 1990; Muñoz Conde-García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, 1996.
- NAQUIRA RIVEROS, JAIME, "Constitución Política y fundamento material del principio de culpabilidad", *RCHD*, vol. 22, N^o 2, 1995; *Teoría del Delito*, I, Mac Graw Hill, 1998.
- NOGUEIRA, HUMBERTO Y SUÁREZ, CHRISTIAN, "Garantías constitucionales y prevención del tráfico ilícito de estupefacientes", *GJ* 220.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Curso de Derecho Penal chileno, Parte General*, 2 tomos.
- NÚÑEZ, BARBERO, "Derecho Penal y política criminal", en *Doctrina Penal*, año 4, N^{os} 13-16, 1981.

- PAVARINI, MASSIMO, "Dentro" y "fuera" de la justicia penal (Apuntes y reflexiones sobre las estrategias en las políticas criminales), *D.P.*, 1985; *La Criminología*, Le Monnier, Firenze, 1980, cit. por CREUS en *Introducción a la nueva doctrina penal*, 1991.
- PALAZZO, FRANCESCO, "La legalidad penal en la Europa de Amsterdam", *Revista Penal*, 3, 1999.
- PÉREZ DEL VALLE, O, "Sociedad de riesgos y reforma penal", *Poder Judicial*, 1996, N^{os} 43-44.
- PÉREZ MANZANO, MERCEDES, "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena", *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, 1997.
- PÉREZ, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal*, t. I.
- PETERS, KARL, "Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs und Erziehungsvorzuges", *Festschrift für E. Heinitz*.
- POLITOFF, SERGIO, *Derecho Penal*, t. I, 1997.
- QUEZADA, JOSÉ, *El nuevo proceso penal chileno*.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Derecho Penal, Parte General*, 1986; "La unificación de la justicia penal en Europa", *Revista Penal* 3, 1999; "Política criminal y determinación de la pena", *Doctrina Penal*, año I, N^{os} 1-4, 1978.
- RADBRUCH, GUSTAV, "Gesetzliches Recht und übergesetzliches Recht", *Rechtsphilosophie*, 6^a edición.
- REYES E., ALFONSO, *La culpabilidad*, 1991.
- RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS Y DE LA FUENTE HUILAUD, FELIPE, "El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980", *R.D.U.C.V.*, 1989-1990.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal español, Parte General*, Décima edición.
- ROXIN, CLAUS, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*; "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", *Cuadernos de Política Criminal*, N^o 2, 1977, trad. de Francisco Muñoz Conde; "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales", en *Problemas básicos del Derecho Penal; Allgemeiner Teil*, I, Grundlagen, 2^a edic. 1994; "La culpabilidad como criterio limitativo de la pena", *RCP*, 3^a época, enero-abril 1973, N^o 1, t. XXXII.
- RUÍZ VADILLO, LUIS, "Desviaciones al principio 'No hay pena sin culpabilidad', en el Derecho Penal español", *Estudios Penales*, U. de Deusto, 1965.
- RUSCONI, MAXIMILIANO, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal moderno*, 1997.
- SAINZ CANTERO, JOSÉ ANTONIO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, t. III, Culpabilidad, Punibilidad, Formas de aparición, 1985.
- SCHMIDT, EBERHARD, SCHWEIZ, *ZStW*, 45 (1931).
- SCHURMANN PACHECO, RODOLFO, "Nullum crimen sine culpa. Dogma y realidad", *Doctrina Penal*, año 8, N^{os} 29-32, 1985.

- SCHÜNEMANN, BERND, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo", *Sistema moderno del Derecho Penal, cuestiones fundamentales*, edic. española, 1991.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho Penal*, 1999.
- SOTO, MIGUEL, "Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del principio de culpabilidad en el Derecho Penal chileno", *R.D.U.F.T.*, t. III, 1999.
- STRATENWERTH, GÜNTHER, "El futuro del principio jurídico de culpabilidad", *Publicaciones del Instituto de Criminología*, Universidad Complutense.
- STAMMLER, RUDOLF, cit. por Bacigalupo en *Resolución de casos penales*.
- TIEDEMANN, KLAUS, "Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo", *Revista Penal*, 3, 1999.
- TIEMEYER, JÜRGEN, "Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich und gesicherten Schuldbegriff", *ZStW*, 100 Band, 1988.
- TORIO LÓPEZ, ANGEL, "El concepto individual de culpabilidad", *ADPCP*, t. XXXVIII, fasc. II.
- TRÖNDLE, NJW, 1973.
- VITALE GUSTAVO, "Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal", *Teorías actuales en el Derecho Penal*, 75 Aniversario del Código Penal Argentino.
- VON HIRSCH- HÖRNLE, G.A., 1995.
- VON LISZT, FRANZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 1916.
- WEIGEND, EVA, "Das neue polnische Strafgesetzbuch von 1997", *ZStW*, 110 Band, 1998.
- WELZEL, HANS, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª edición, 1969, "Reflexiones sobre el libre albedrío", *ADPCP*, t. XXVI, fasc. II, trad. de José Cerezo Mir; JuS 1966; *Derecho Penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 1970.
- WESSELS, JOHANNES, *Derecho Penal, Parte General*, 1980.
- Wolf, Paul, "Esplendor y miserias de las teorías preventivas de la pena", *Prevención y Teoría de la Pena*, Conosur, 1995.
- WÜRTEMBERGER THOMAS, "Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", en *Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen*, Band 7, 2ª Auflage, 1959.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Tratado de Derecho Penal*, t. III; *En busca de las penas perdidas*, 2ª edic., 1993.
- ZIPF, HEINZ, *Introducción a la política criminal*, 1979.
- ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad", *Libro Homenaje a Antón Oneca*, 1982.

INDICE

<i>Abreviaturas</i>	9
<i>Prólogo</i>	11

Capítulo Primero “NULLA POENA SINE CULPA”

1. Reconocimiento dogmático del principio	17
2. Función y jerarquía en el ámbito constitucional	19
3. Derecho comparado y Derecho nacional	27
4. Recepción del principio culpabilístico –y de la noción de culpabilidad– en el Derecho Penal europeo	34
5. Recepción del principio –y de la noción de culpabilidad– en el Derecho Penal latinoamericano (incluido el nacional)	42
6. Evolución del postulado	46
7. Fases de la evolución: función de la culpabilidad	48
8. Debate actual sobre la categoría de culpabilidad; enunciado de la “crisis”	53
9. Los modelos de respuesta penal frente a la “crisis” (del sistema), tendencias abolicionistas	54
10. Proyección general de la “crisis” de la culpabilidad	59
11. Las nuevas perspectivas político-criminales en el Derecho Penal de la Unión Europea; los “principios clásicos”	60

Capítulo Segundo PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y CULPABILIDAD PENAL

1. Nexo entre principio de culpabilidad y culpabilidad penal	63
2. Supresión de la culpabilidad	70
3. Objeciones a la tradicional identificación del “nulla poena sine culpa” (“no hay pena sin culpabilidad”) con la culpabilidad	71

4. Matriz histórica y devenir del principio	76
5. Funciones y consecuencias garantistas irrenunciabiles (para el Derecho Penal)	78

Capítulo Tercero

CRISIS DE LA CULPABILIDAD (¿Y DEL DERECHO PENAL?) NUEVAS CONCEPCIONES

1. El debate dogmático sobre la culpabilidad	87
2. Cuestionamiento de la noción de culpabilidad	89
3. Abandono de la culpabilidad, sus consecuencias	97
4. La "crisis" de la idea de culpabilidad; la "erosión" del principio culpabilístico	104
5. La culpabilidad entendida como "reprochabilidad". Los criterios preventistas. La tesis de Roxin y sus detractores. Nuevas orientaciones legislativas	107
6. La vuelta a Von Liszt	118
7. Integración entre ciencia y realidad. Acercamiento entre dogmática y política criminal	120
8. El debate sobre las funciones del Derecho Penal. La ideología del tratamiento	122
9. La prevención general como fundamento del Derecho Penal. Prevención general positiva -el debate a su respecto. Doctrina nacional y extranjera	129
10. El "neorretribucionismo"	144
11. La polémica sobre el libre albedrío, en referencia a la "reprochabilidad". El concepto de persona y sus atributos, base del Derecho Penal	153
12. El poder individual de actuación alternativa (libertad de acción)	157
13. La imposibilidad de comprobación	167
14. La clásica controversia determinismo e indeterminismo; nuevo enfoque	176
15. Los criterios basados en la "motivabilidad por las normas"	180
16. Consideraciones procesales-probatorias; la "reconstrucción forense a posteriori"	182
17. El concepto de libertad como base de la culpabilidad (reprochabilidad) penal	183
18. Culpabilidad moral-culpabilidad jurídica	188
19. El "hombre medio"; la teoría general de la culpabilidad. El concepto "individualizador" de culpabilidad	189
20. Defensa de una concepción "individualizadora" de la culpabilidad. El reconocimiento de la dignidad y personalidad del individuo	200

Capítulo Cuarto
EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO
PENAL CHILENO

1. Introducción	205
2. El entorno constitucional	229
3. La interpretación penal (con base en la Constitución)	235
4. La presunción de voluntariedad. Artículo primero, inciso segundo, del Código Penal	250
<i>Bibliografía</i>	271